1444

ספר

באר משה

כולל

שאלות ותשובות ובאורי ענינים בכמה מקצועות בהלכה בשלשה חלקי שו"ע יורה דעה אהע"ז חו"מ

חלק שני

על אהע"ז חו"מ

חבר בעזר השי"ת החונן לאדם דעה

מאתי

משה דאנושעווסקי באאמ"ו הרב המפורסם בתורתו ויראתו מו"ה אברהם זצ"ל אב"ד דק"ק סלאבאדקא.

ווילנא

בדפוס ה' פראדעל מ"ץ תחי'.

שנת תרס"ה לפ"ק

БЕЕРЪ МОШЕ.

Респонсы по талмудическимъ вопросамъ.

Сочиненіе М. Данюшевскаго.

Часть II.

ВИЛЬНА.

Въ типографіи Л. Л. Маца, на Завальной ул., домъ Вендорфа.

1905 г.

Дозволено цензурою 16 Ноября 1904 г. Вильна.

באר משה

חלק שני

אבן העזר

סימן א

עובדא דהוה בק"ק סוויר בח' אלול שנת תרמ"ב שנהרג יהודי אחד שמו אברהם ליב בן שמואל הכהן ע"י א"י וזהו תורף הגב"ע.

ביום ד' שכר אברהם ליב הנ"ל עם בחור אחד עגלון יהודי שיסעו עמו לכפר, שיבואו בלילה לשם . . . וכשבאו סמוך לכפר כערך א' וויארסט, העמידו את העגלון עם הסוס והעגלה שנסעו עליו ביער קטן, והמה הלכו לכפר . . . ואמרו שימתין עליהם עת קטן, וכשבאו לכפר הרגישו תומ"י הא"י שבכפר ורדפו אחריהם, והבחור ברח, ואת אברהם ליב הנ"ל תפסוהו הא"י והכו אותו מאד, והעגלון שמע קולו שצעק „גוואלד ראטעוועט" והבחור שותפו הנ"ל בא תומ"י למקום שהעגלון עמד שם, ואמר שהרגו לאברהם ליב, זה העיד העגלון לפני ב"ד בתו"ע כד"ת. גם העיד שלמחר ביום ה' נסע לאשמינא, ושמע בדרכו שבאותו הכפר הרגו הא"י ליהודי אחד שבא לכפר לגנוב סוסים, ואחיו של אברהם ליב הנ"ל חקר אחריו למען ימצאהו ויביאו לקבר ישראל, וע"י השתדלות איש אחד יהודי הדר בסביבה ההיא, אשר שמע במשך זמן הנ"ל ונודע לו מאת א"י אחד אשר שלמו לו עבור זה, שיחקור ויודיעם אי' נמצא הנהרג, והודיע להם המקום שמונח בחפירה שקברוהו שם, ואמר להם שימצאוהו שם בלא כובע ובלא בתי רגלים (שטיוויל), ואחרי שנודע להם השתדל אחיו של הנהרג שמו אהרן שלמה ובא עם שוטרי הפאליציע לזמן ששה עשר יום אחרי הלילה שנהרג, ותפשו באותו המקום ומצאוהו נקבר בבגדיו, היינו כתונת ומכנסים וארבע כנפות ובגד לעטניק, ואחיו הנ"ל העיד על הכרת בגדים בט"ע, וגם העיד שהכיר את אחיו הנהרג בט"ע, וגם אמר סימנים על הבגד הלעטניק שהיו בו קעשינא תחת שחי', וכן ב' קנעפליך שנחסרו מן הבגד ורק התחתון נשאר, וכן אשתו הוסיפה בהרבה טב"ע על הכתונת ועל האר"כ, גם אמרה שיש לה סימנים על גופו היינו קאלטענעוואטע נעגיל, נורונגילטע, ברגלים שלו, ועוד השינים העליונים היו בהם שנים גדולים ורחבים ביותר, ועל האר"כ אמרה סימנים מובהקים טרם ראתה אותו, כי איש אחד לקח אותו ומסרו לאחר שהיא תגיד בו סימנים, וכן הגידה עליו אשתו הרבה סימנים מובהקים, כן נמצא טלאי בהאר"כ והיא אמרה שהיא בידיה תפרה הטלאי ומכרת בט"ע את תפירת הטלאי שהיא תפרה אותו וזוכרת בלמגום את המקום שהניחה להטלאי, וכל זה נאמרו לפנינו בתורת עדות כד"ת

במותב תלתא היינו הגדת העגלון ואחיו של הנהרג ואשתו ועוד אחיו השני שמו יוחנן, ועוד איש אחד שראה אותו ואמר שמתחלה לא הכירו מחמת שנשתנה הרבה, אך כשהסתכל בו היטב הכירו, ועוד דברים אמרו בגב"ע ויובן מתוך מה שכתבנו בהתשובה שהערכתי בנידון זה, וזה אשר הערכתי בעז"ה בנידון הנ"ל:

א) **ראשונה** אחקור בעדותו של זוסמן ב"ר ברוך יצחק (הוא העגלון שנסע עמהם) שהעיד שהבחור שברח אמר לו שאברהם ליב נהרג, אם כוונתו היה שראה מרחוק שנהרג, הרי לנו עד מפי עד שנהרג אברהם ליב ע"י הא"י אשר השיגוהו, רק שהיינו דנין בזה דין עד אחד במלחמה, וזה דומה למה שאמרו בגמ' יבמות (קט"ו א) נפלו עלינו לסטים הוא מת ואני נצלתי דאמרינן שם דוקא באשה משום דכלי זיינה עליה ואין יראה לכן נאמנת, אבל באיש כיון שהוא ירא ג"כ הוה דין ע"א במלחמה ואין נאמן, ובפרט בנ"ד שאמר בעצמו שגם אותו רצו לתפסו בודאי דהו"ל דין ע"א במלחמה, ובדין ע"א במלחמה קיי"ל בשו"ע (סימן י"ז סעיף נ') שאם נשאת לא תצא, וא"כ הרי יצאת מה"ת מאיסור א"א ואין לנו רק איסור דרבנן שאסורה להנשא לכתחלה, אך באמת לפה"נ מסיגנון לשון העד שאמר שנהרג, מראין הדברים שלא הגיד לו ידיעה גמורה שיודע שנהרג, רק השערתו חזקה שבעיניו נחשב שבודאי נהרג ע"י הרבה מכות שהכוהו שראה מרחוק או שמע, והוא אמר ברי ע"ז בדמיון השערתו, וא"כ בעדות כזה מלתא דפשיטא הוא שאם נישאת תצא:

ב) **אך** מה שיש לנו לדון להיתירא ע"י עדות של זוסמן הנ"ל, הנה זה נודע לנו ע"י עדותו שהי' אברהם ליב במקום הנ"ל, וגם נתפס ביד הא"י בכפר כגנב והכוהו מכות רבות אכזריות קרוב לחשש מיתה, כאשר שמע מפי הבחור הנ"ל, ומאז נאבד ואח"כ נמצא הרוג באותו המקום, א"כ לדעת המבי"ט והשב יעקב שדעתם שגם בידענו שהלך באותו מקום ואח"כ נמצא שם מת, שאמרינן בזה שמה"ת תלינן לומר שאותו שנאבד הוא המת הנמצא, ואף שרבים מהאחרונים חולקים ע"ז, מ"מ במקום שאין השיירות מצויות, הכריע השב שמעתתא (שמעתא ז' פרק י"ט) להקל, והנא בנ"ד עדיפא טפי כיון שאברהם ליב היה שם באותו מקום בודאי ונתפס בידי הנכרים, אין ספק שמא היה שם אחר שנהרג על ידי הנכרים והוא ניצל מוציא מידי ודאי כסברתו של הש"ס הנ"ל. הן יש לדון בנ"ד אם נוכל להחליט לאותו המקום שנמצא ההרוג אין השיירות מצויות, לפי שעברו כמה ימים מן יום שנאבד האיש אברהם ליב עד עת שנמצא, ואולי

בהמשך

בהמשך אותו הזמן מצוים עוברים ושבים אחרים ויחשב זה במקום שהשיירות מצויות, מ"מ נראה לענ"ד שיש מקום לצדד ולדון להיתר ע"פ העדות שאמר שלמחרתו נסע זוסמן הנ"ל לאשמינא ושמע שנהרג שם יהודי שתפסוהו בגנב, וכפי עדותו שמע על אותו המקום בסביבה ההיא, וא"כ שפיר נוכל לחושבו לאין השיירות מצויות חדא שבלילה אין מצוין עו"ש כל כך, ועוד שמה ששמע על יהודי ג' ואם כי הוחזקו שיש גנבים בעולם, מ"מ לא נוכל לומר ע"ז שיירות מצויות והוה ודאי כאין שיירות מצויות, וכיון שידענו שאברהם ליב היה שם בלילה שלמחרתו שמע השמועה שנהרג והוא הלך לגנב ונתפס בידם, ואין ספק שמא הוא ניצל מידם ואח"כ בא אחר לגנב ונתפס ונהרג מוציא מידי ודאי שהיה שם, וכסברתו של השב שמעתתא הנ"ל:

ג) **ובאמת** אם יש לסמוך על העדות ששמע מהנכרים שנהרג שם יהודי אחד גנב שזה נוכל לחושבו ששמועתו היה מא"י מסל"ת, ונראה לענ"ד דשפיר יש לחושבו מסל"ת, דהא הנכרים שהגידו וספרו לו לא התכוונו להעיד ולא להתיר כיון שלא ידעו שמו וגם לא ידעו על היהודי הזה שיש לו ידיעה מזה הגם שלא ידענו אם היה בספור הא"י ששמע זוסמן מאתם קישור דברים, מ"מ הא לעיקר הדין קיי"ל כד' הריב"ש דלא בעינן קישור דברים, ורוב הפוסקים נוטים לשיטתם וכדאיתא (בסימן י"ז סעי' י"ד ובח"מ וב"ש שם), ולכאורה יש לחוש במה שאמר ששמע בנסיעתו לאשמינא ובחזרתו ביום ה' ו' שנהרג יהודי גנב, אשר ודאי לא שמע מן ההורגים בעצמם רק שמע מא"י אחרים, ששמעו ממעשה הריגה אולי נחשב זה רק קול הברה, ולא מיקרי זה מסל"ת וכדאי' (ברמ"א סעי' ג'):

אמנם באמת מה נקרא קול הברה קשה מאד לגדר זאת כיון שעד מפי עד כשר וגם מסל"ת כשר בעדות אשה, בשלמא להסוברים דבעינן קישור דברים יש לחוש בקול הברה אולי מי שבא מאתו מקור השמועה לא היה מסל"ת, אך למאן דלא בעי קישור דברים א"כ כל שמיעת קול וגם מן פסולי עדות לא יצא זה מן גדר מסל"ת, דהא הקול יצא מאחד שאמר זאת לכל הפחות, והנה דין קול הברה הוא מתורתו של הרשב"א בתשו' המיוחסות להרמב"ן, ומדברי תה"ד, אבל דעת רבינו משולם בתשובה הובא בתשו' (מהר"מ אלשקר סימן קי"ג) ז"ל, על ראובן שהיה רגיל לילך כו' פעם אחת הלך ולא חזר ונשמע שנהרג ולא בא אפילו נכרי אחד מסל"ת, שהשיב כיון ששמע מפי נכרים שנהרג, כיון שלא נשמע עליו שהוא קיים, סומכין על דברי הנכרים ומשיאין את אשתו כו' הרי דעתו שסתם שמועה מחזיקינן במסל"ת, ובספר עזרת נשים למהר"י אבן חביב בביאורו לסימן י"ז פלפל הרבה בזה, והוא צידד לחלק בין הא דרבינו משולם להא דקול הברה, משום ששם בעובדא דרבינו משולם מבורר שני דברים השמועה מאיזה הוא בא שהוא מנכרים וגם סוג המיתה יעוש"ה שהאריך הרבה, עוד כתב בסוף דבריו לחלק בין היכא שמעיקרא אחר שנאבד שלא חזר מדרכו נתפשט הקול, מחמת זה הפלא שלא חזר, בזה לא מהני מה שאמרו סתם שמענו או שמעתי, משא"כ היכא שקרוב אחר שנאבד טרם נתפשט הקול בא אחד ואמר שמעתי שמת פלוני או שנהרג ולא הגיד ממי שמע, בזה יש אוסרים הוא דעת מהריב"ל, ויש מתירין הוא דעת מרן הב"י ע"כ דברי המחבר בס' ע"נ הנ"ל. — עוד היה נראה לענ"ד לעשות חילוק בין הא דרבינו משולם לקול הברה, שודאי כל שאומר ששמע מאחד שאמר ששמע שמת או נהרג פלוני, לא נפיק מן מסל"ת, רק קול הברה מקרי שלא שמע מאחד שיאמר ששמע שמת או נהרג פלוני, רק ששמע אומרים שנשמע על פלוני, א"כ עיקר הדברים מחזיקים רק קול שמועה ולא שמועת עצם המעשה, ולכן נקרא זה קול הברה ולא מסל"ת עד מפי עד. — אך בנ"ד כולהו איתנהו למעליותא, שהשמועה מבוררת ממי שמע, וגם סוג המיתה, וגם שמע מהא"י טרם נודע לשום איש שיש כאן נאבד, וגם אין מכירים להנאבד כלל שנחוש שמחמת שהרגישו בחסרונו יצא הקול, וגם השמועה היה על עצם המעשה, ולא על שמועת קול ע"פ החילוק של', א"כ מלתא דמסתבר הוא דעדיפא מכולהו עובדי שמצדדים להקל ע"פ דעת רבינו משולם, ועוד נוסף לזה יש לנו איש אחד ששמע מפי נכרים במשך ג' או ד' ימים אחר המעשה אשר לא נודע לו שום דבר מזה, שספרו שהרגו לאיש יהודי, וא"כ נראה דשפיר יש לחשוב כמסל"ת להשמועה ששמע שנהרג יהודי שנתפס בגנב, באותו העת שהיה שנאבד שם האיש אברהם ליב שאנו דנין עליו אשר נתפס בידי הא"י, ועפ"י יסוד דעת וסברת הש"ש שהובא בדברינו יש להחזיק שנהרג אברהם ליב ואין לנו לחוש שמא אחר הוא שנהרג:

ד) **ובעיקר** יסוד של סברת הש"ש, דעת החכ"צ (בתשו' סימן קכ"ד) שלא סגי לן לחוד מה שידענו שהנאבד היה באותו הדרך שנמצא ההרוג, רק באופן שיש בו סימן אמצעי וגם שהוא במקום שאין השיירות מצויות, בזה סובר החכ"צ שלא חיישינן לאחר דאתרמי בסימן כזה, והשב שמעתתא כתב על ד' החכ"צ הנ"ל שלא נצרך לן הסימן כדעתו וסברתו שסגי בזה לחוד, במה שידענו שהנאבד הי' שם במקום שאין השיירות מצויות:

ולענ"ד נראה שמחוור יותר כדעת החכ"צ, דהנה יסוד דעת וסברת הש"ש הוא על ראיית (מהרי"ו בתשו' סימן ע"ס), שלמד ממש"כ הרא"ש בתשו' בעובדא דאיתא בגמ' (יבמות קכ"א ב') אבל על יהודי שהיה עמי בדרך שמת שהשיאו את אשתו על מאמר של הנכרי שאמר כן, דמיירי שלא הכיר את היהודי ולא ידע את שמו, אלא אמר שהיהודי שנתלוה עמי בדרך מת, ועדים באו ואמרו שיהודי פלוני נתלוה עמו בדרך, ולא חיישינן שמא אותו שנתלוה עמו הלך לדרכו ושוב נתלוה אחר עמו ומת, אלא כיון שידענו שאותו היהודי נתלוה עמו תלינן בודאי שאותו היה שמת, ועפ"ז דנו המהרי"ו והש"ש יסוד דינם, והש"ש כתב הגם שבדרך שיירות מצויות, מ"מ כיון שאין מוחזק שאחד מהולכי דרכים נתלוה עם זה הא"י זולת זה, הוה זה לא הוחזק ולכן שרי עכ"ד. ולענ"ד לפ"ז יש לתמוה על הרא"ש דא"כ שטעם זו הברייתא דיהודי שנתלוה הוא דאף שהשיירות מצויות, משום דלא הוחזק לא חיישינן לאחר, א"כ הוה להגמרא לאקשויי מהאי ברייתא לאביי דחיים לתרי יצחק, בעובדא דיצחק ריש גלותא שם (ביבמות קט"ו ב') דהא מהאי ברייתא מוכח דלא חיישינן לאחר במקום דלא הוחזקו, ואדרבה דשם בעובדא דיהודי שנתלוה לפי פירושו של הרא"ש, יש להסתפק ברבים אשר ראוים להתלוות עם זה הכותי, ואפ"ה לא חיישינן לאחר כיון שלא הוחזק, כש"כ בהא דאביי בתרי יצחק שאין החשש רק באחד, ואפי' אם נדחוק לומר שאביי יפרש הא דברייתא באומר הכותי ומפרש היהודי שנתלוה עמו מכאן, ורק הרא"ש מפרש להברייתא לקושטא דמילתא למאי דקיי"ל כרבא דלא חיישינן לתרי יצחק שיש לפרש שהברייתא משמיענו רבותא, ובאמת זה דוחק גדול לומר כן, דמנ"ל להרא"ש דאליבא דרבא מתפרש הברייתא באופן אחר ממה שמתפרש אליבא דאביי, דלמא בפירוש הברייתא שוין אביי ורבא:

ה) **עוד** קשה לי על דברי הרא"ש ודעתו כפי מה שמפרש מהרי"ו והש"ש המחזיק בשיטתו של מהרי"ו, דהא איתא (בב"מ כ"ב ב') פלוגתא במקום אי הוה סימן או לא הוה סימן דאמרינן כי היכי דלדידך אתרמי האי מקום ה"נ אתרמי לחברך, ורבה סבר מקום לא הוה סימן וקשיא למה לא נאמר אין ספק מוציא מידי ודאי, כיון שהוא ודאי הניח שם, והחשש שמא שלו לקח אחר שמצאו ואחר הניח שם ושכח, אין ספיקו של אחר מוציא מידי ודאי של זה, ורבה לא

לא חייש גם באיסורא במקום שהשיירות מצויות היכא שלא הוחזקו, והכא לא הוחזק אחר שהניח שם עוד חפץ באותו המקום, ואפ"ה חיישינן לאחר גם בממון, וא"כ ע"כ צריך לחלק שבמקום שהחשש הוא רק לאחד שמא יש אחר ששמו כשמו, סבר רבה דלא חיישינן לאחר כיון שזה ודאי היה שם ואחר ספק, אין ספק מוציא מידי ודאי, משא"כ במקום שהחשש הוא לרבים שרבים ראוים להיות מניחים חפץ בזה המקום חיישינן גם בממון לאחר, וא"כ איך נעשה פלוגתא רחוקה כל כך, דאליבא דרבא דאמר מקום הוה סימן די לנו שחולק רק בזה על רבה שהוא מחשבו לסימן, ולמ"ד סימנים לאו דאורייתא ודאי דראוי לחוש בזה באיסורא שלא לסמוך על סימן מקום, ונאמר כי היכי דאתרמי האי מקום לדידך ה"נ אתרמי לחברך גם במקום באין השיירות מצויות. ולכאורה אפשר לומר ולדחות זה, משום דאיתא שם (בב"מ כ"ג ב') לישנא אחרינא אמר רב מרי מ"ט דמ"ד מקום לא הוי סימן כו', ופשטות הגמ' מתפרש דרב מרי אליבא דלישנא אחרינא סבר דמקום לא הוה סימן בכל מקום, אמנם מלשון פירש"י מוכח שהלישנא אחרינא קאי ג"כ על רקתא דנהרא, רק הנ"מ בין הני תרי לישני דללישנא קמא רקתא דנהרא לא הוה סימן משום דאמרינן כי היכי דאת אנחת וכו' וכגירסת הרא"ש, ועוד כמה מהראשונים המובא בס' שטה מקובלת, או כגיר' ספרים דילן כי היכי דאתרמי האי מקום לדידך כו', ומ"מ אם מצמצם המקום אז הוה סימן, אבל ללישנא בתרא דרב מרי אף אם מצמצם המקום לא הוה המקום סימן ברקתא דנהרא, וא"כ נוכל לומר בטעמא דרבה דאמר מקום לא הוה סימן, לא משום דאמרינן כי היכי דלדידך אתרמי כו', דזה באמת אין אומרין כן משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, רק הטעם הוא משום שהאובד מתיאש ואין סומך על סימן המקום, משום שחושב שהמוצא לא ידקדק בסימן המקום וכל שהמוצא רואה שאין סימן בגופו יטלנה ולא יכריז עליו, מ"מ נראה לענ"ד שהרא"ש מפרש האי לישנא בתרא דאמר רב מרי מ"ט דאמרי רבנן מקום לא הוה סימן, שקאי על כל מקום, דאם נאמר דקאי על רקתא דנהרא דוקא, והוסיף בלישנא בתרא שגם אם מצמצם המקום לא הוה סימן, הו"ל להרא"ש להביא את לישנא בתרא דרב מרי בפסקיו, דהא הרא"ש פסק בכמה דוכתי הכי, ובפרט שהוא ממונא והוא לקולא להחזיק בידי המוצא האבדה, וכיון שהרא"ש לא הביא בפסקיו לישנא בתרא דרב מרי, מכלל דמפרש דהאי לישנא בתרא דרב מרי קאי אכל מקום דלא הוה סימן, ולכן אין לו להביא אותו דהא אנן קיי"ל כרבא דמקום הוה סימן, וא"כ מוכח לשיטת הרא"ש שטעמא דמ"ד מקום לא הוה סימן הוא, משום דאמרינן כי היכי דלדידך אתרמי ה"נ אתרמי לחברך האי מקום, ולא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, וא"כ גם החולק וסובר דמקום הוה סימן, די לנו שמעלינן ליה לדרגא שחשוב סימן, אבל לא נאמר שזה חשוב חזקה אלימתא דאמרינן עלה אין ספק מוציא מידי ודאי שיועיל גם באיסורא זה אין סברא לעשות פלוגתא רחוקה כל כך :

ו) **אך** לפ"ז באמת נשאר דברי הרא"ש בקשיא, כיון שבארנו החילוק בין הא של רבה גבי סימן מקום חיישינן לדלמא אתרמי כמי לחבריה, והא בגט של יוסף בן שמעון לרבה לא חיישינן לאחר, כל שאין השיירות מצויות כל שלא הוחזקו שני יוב"ש, והא הכא גבי מקום לא הוה סימן כלל גם במקום דלא שכיחי מניחים שם, דהא במקום דשכיח כגון רקתא דנהרא לכו"ע לא הוה מקום סימן כדאיתא שם (כ"ג ב'), וא"כ פלוגתייהו גם בלא שכיח מניחים, וא"כ נחשב זה אין השיירות מצויות ואפ"ה לרבה לא הוה מקום סימן, וא"כ ע"כ צריך לחלק דלכך סבר רבה דלא הוה מקום סימן משום דהוא חשש של רבים, משא"כ בגט הוה חשש דיחיד, ולכן בחשש דרבים חיישינן גם במקום שאין השיירות מצויות, וא"כ באה עובדא שנתלוה בדרך עם הכותי שהוא חשש של רבים, למה לא נחוש שמא אותו שנתלוה עמו מכאן הלך לו ואחר נתלוה עמו ומת. והנראה לענ"ד לומר בסברת הרא"ש שמטעם אחר אתי עלה, והוא שבמקום שידענו שהלך בכאן אותו פלוני שאנו דנין עליו וא"כ נמצא הרוג באותו המקום אין כאן חזקה לתלות עליו שהוא הנמצא, משום דאטו מתחלה בא בדרך הזה על אופן שישאר כאן, הלא הוא הלך על דעת שלא להשאר כאן ואין כאן חזקה שהוא הוא הנמצא, ואם מפני שנאבד זה אין עושה לנו הוכחה שהוא הנמצא כאן, ולכן שפיר חיישינן לאחר, משא"כ בעובדא דיהודי שנתלוה עמו בדרך כפי מה שביאר הרא"ש, זאת ידענו ע"פ עדים שהלך מכאן על דעת להתלוות עמו בכל הדרך, וא"כ אין לנו מקום לעשות חשש עליו שהוא הלך באמצע דרכו מן הכותי זה ונשתנה דעתו ורצונו, ואחר בא על מקומו זהו חשש רחוק, ואין לנו להפקיע חזקתו שעמד מקודם שיהודי זה מתלוה עם הכותי, וזה דומה להא דאמר רבא דלא חיישינן לתרי יצחק, ועדיפא מזה דאפי' לאביי דסבר דחיישינן לתרי יצחק, דשם מתחלה לא נודע לנו אם יצחק זה ישאר באספמיא, או יצחק אחר בא לשם, משא"כ בהא דיהודי שנתלוה הוחזק מתחלה שהוא יהי' מתלוה על כל דרכו, ולכן הא"כ כשאמר הכותי שהמתלוה עמו מת, שפיר תלינן עליו דהוא הוא מי שנתלוה עמו מכאן, ומעתה אין לנו הוכחה מעובדא דיהודי שנתלוה לענין של אם ידוע לנו שהיה במקום הזה ונאבד ונמצא שם הרוג, אפי' במקום שאין השיירות מצויות דלא הוה רק כדין סימן מקום לכל היותר :

אמנם בזה לדקו לדברי החכ"ל דהיכא שיש סימן אמצעי בגופו של הנהרג וידענו שהוא היה באותו המקום, והמקום הוא אין שיירות מצויות, כיון דזה הוה חששא דיחיד וא"כ לא חיישינן, אם נאמר דגבי עיגונא קיי"ל כרבה דבמקום שאין השיירות מצויות אפי' הוחזקו לא חיישינן לאחר, ואם נאמר דחשבינן מה שהיה כאן לסימן מקום דלרבא דקיי"ל כוותי' בממון דהוה סימן ולא חיישינן דלמא אתרמי כמי לחבריה, וא"כ אי סימנים דאורייתא יועיל גם באיסור דא"א, ואם סימנים דרבנן למאן דסבר ששני סימנים אמצעים מצטרפין שיחשבו כסימן מובהק, כפי דעת המשאת בנימין וסייעתו כמובא (בט"ז ובבאה"ט ס"ק ע"ה) ויעויין בפ"ת (ס"ק ק"ו) וא"כ יש לחזק דינו של החכ"ל לבד טעם סברתו דקיי"ל כרבה, רק מטעם שיש כאן הצטרפות שני סימנים, היינו הסימן מקום והסימן אמצעי שבגופו דנחשב זה לסימן מובהק ע"פ דעת המ"ב וסייעתו, ובפרט בנ"ד שהשני סימנים אינם מסוג אחד זה בגופו וזה במקומו, וכבר העיר בס' מראות הצובאות (ס"ק נ"ח הובא בפ"ת ס"ק ק"ו) חילוק כזה, וא"כ אפשר שגם החולקים על המ"ב וסייעתו בצירוף שני סימנים אמצעים יודו בזה. היוצא מכל זה בנ"ד הסימן מקום שהיה כאן אברהם ליב ונתפס שם, והשמועה שנשמע ביום מחר שנהרג יהודי גנב, בצירוף סימן אמצעי שנמצא אח"כ בגופו, יועיל בזה להתיר אשתו, משני טעמים, א' מסברת החכ"ל הנ"ל ושנית מצד שני הסימנים שיצטרפו להיות זה סימן מובהק :

ז) **עוד** נראה להעיר היתר בנ"ד ממתניתין (יבמות קכ"ב א') במעשה דצלמון באחד שאמר איש פלוני בן פלוני נשכני נחש והרי אני מת והלכו ולא הכירוהו והשיאו את אשתו, והתעוררתי בעצמי בזה ומצאתי שכבר קדמני הגאון בעל מראות הצ' הובא (בפ"ת ס"ק נ"ג) שדווקא הלכו, אבל לא הלכו אין סומכין ע"ז לומר שבודאי מת ע"י נשיכת הנחש, דהא יש רפואה לנשיכת נחש כדאיתא (בשבת ק"ט א') וא"כ אכתי יש לעיין כשהלכו ומצאו שם מת ולא הכירוהו, למה לא ניחוש שמא האיש שצעק נשכני נחש כו' הלך משם ומצא רפואה לנשיכתו, ואותו שנמצא שם מת אחר הוא, אלא ודאי דאמרינן כיון שאותו האיש היה שם ונשכו נחש שהוא קרוב למיתה

למיתה ובאותו מקום נמלא מת א"כ, מחזיקינן שהוא אותו האיש שנעשה בו המעשה קרוב למיתה, ואפשר שאותו מקום היה אין השיירות מצויות, והא דלא אמרינן הוא שאבד הוא שנמלא כמש"כ לעיל, הוא מחי למת שכל החיים אין עומדים למיתה, אבל במי שידענו שנעשה בו קרוב למיתה באותו האיש מחזיקינן שהוא המת שנמלא, ובפרט אם נאמר שבאותו האיש הנמלא מת ניכר בו נשיכת נחש, מסתבר לומר שאין לנו להחזיק לשני מאורעות קשות שאין מצוין כל כך, ואולי הוא אתרא דלא שכיחי שיירתא ולכך לא חיישינן לאחר :

ואין להשיב על זה מעובדא דגברא חרוכא (יבמות קט"ו א') דאע"ג דאמרה חזו גבראי ונעשה בו מקרה דאכילת אש שהוא קרוב למיתה, ואפ"ה חיישינן לאחר על אותו הגברא חרוכא ואמרינן דתרי גברי שלט בהם אש ואחד ניצל ואחד נשרף, באמת זה לא קשה מידי לא מיבעיא לשיטת רש"י שם דפסתא ידא דשדיא היה של איש אחר ודאי דלק"מ משם, אך אפי׳ לשארי מפרשים אשר מפרשים הגמ׳ שלא היה מוכח בהחלט שהפסתא דידא היה של אחר, מ"מ אתי שפיר הא דחיישינן שם שמא אחר הוא הנשרף אליבא דר׳ חייא בר אבין, משום דשם הוה כשיירות מצויות לפי שהרבה אנשים באים להציל, ואולי לא נלחה לאחד וקלטתו האש, וכן הא דחיישינן לנפל במים שאין להם סוף שאם העלוהו מן המים באם שלא הכירוהו, שמא אחר הוא, הוא ג"כ מטעם זה דמים שאין להם סוף חשיב כשכיחי שיירתא דהא מלוי נופלים בנהר, וגם ממקום אחר יש לחוש שבא לכאן, אבל במקום דלא שכיחי שיירתא לא חיישינן לשני מקרים של מיתה ותלינן בחד, וזה נראה לענ"ד לומר שזהו סברת רבא שאמר שם „חדא דאמרה חזו גבראי כו׳ ועוד גברא חרוכא דשדיא ופסתא דידא, למאן דלא מפרש דהפס יד היה מבורר שהוא של אחר, והאי חדא ועוד יתפרש שניהם ביחד, וכעין זה איתא (כתובות פ"ט ב׳) בתוס׳ ד"ה ועוד, וה"פ חדא דהא אמרה חזו גבראי הרי הוכחה שבעלה שלט בו האש, ועוד דהא גברא חרוכא דשדיא, פי׳ כיון שזה נודע לנו ע"י שאמרה חזו גבראי שהיה במקום סכנה ששלט האש, הגם שיש לחוש שאמרה בדדמי ואפשר שנילול מהאש, וע"ז קאמר ועוד הא גברא חרוכא דשדי כו׳ וכיון שנמלא אחד מת מהאש, ובעל האשה ידענו ע"י אמירתה שהיה שם במקום מסוכן מהאש, לכן תלינן שהוא האיש שאמרה עליו אשתו חזו גבראי, ולא חיישינן שמא הוא ניצל ואחר נכנס ג"כ במקום המסוכן מהאש ומת מהאש *), ורב חייא בר אבין דפליג משום דסבר כיון ששכיחי בני אדם אשר באו להציל לכן חיישינן שמא אירע איזה סיבה גם לאחר שקלטתו האש, ולכן יש לחוש על בעלה הנאבד שניצל מהאש, עכ"פ היולא מזה שבארנו שכל שנודע לנו שבבעל של האשה שאנו דנין עליה נעשה בו ענין קרוב למיתה, וגם נמלא איש מת מעין סוג המיתה כזו שאין מלוי, ובמקום שאין השיירות מלוין תלינן שזה אחד הוא, וא"כ יש מקום להיתר לענין נ"ד ע"פ עדותו של זוסמן הנ"ל שאמר שהגיד לו הבחור שותפו **) שהכוהו עד למיתה ממש לאומדן דעתו, ולמחר שמע שנהרג שם אחד, ולמש"כ והעליתי שכל שנעשה באחד מאורע קרוב למיתה, וא"כ נמלא ידיעה לנו שיש מת במאורע כזה, יש לנו לסמוך על מה שאנו תולין שזה אחד הוא הנודע לנו, ממעשה דללמון, א"כ גם בנ"ד יש להקל מחמת זה, אף מ"מ בשביל שאנו מדמין, לא נוכל לעשות מעשה להקל מחמת זה, דיסוד הראיה ממעשה דללמון יש לומר אולי זה עדיפא, כיון שאמר על עלמו „והרי הוא מת" חשבינן הרגשתו בעלמו, קרוב לודאי שמת, שמסתמא לא יחזיק אדם על עלמו בהחלט במהרה רק יזעק לרפואה, וכיון שאמר שהוא מת מסתמא הרגיש בנפשו סימני מיתה, משא"כ בנ"ד בהעדאת העד ששמע מהבחור עליו שמת מהכאתו, יש לומר שדמיונו כוזב לו, ועוד יש לומר על מעשה דללמון אולי ראו מרחוק תמונת איש שנפק על עלמו, וראו שלא הלך משם עד שהלכו ולא הכירוהו, וא"כ אין ראיה משם כלל :

ח) **והנה** מש"כ לעיל בדברינו אות ו׳ להיתירא בנ"ד ע"פ דעת החכ"ל, שכל שידענו שהיה כאן הנאבד הנ"ל ונמלא א"כ שם איש מת ובהנמלא יש סימן אמלעי בגופו שהיה זה להנאבד, שיש לסמוך ע"ז להיתירא, שאין אנו חוששין שמא הזדמן עוד אחר באותו מקום בסימן כזה, יש להעיר ע"ז מסוגיא (יבמות קט"ו ע"ב) בעובדא דשני ת"ח דמסקינן שם בגמ׳ דאסקינהו קמן וקאמרי סימנים, והנה התוס׳ פירשו דהאי וקאמרי סימנים למ"ד סימנים לאו דאורייתא דמיירי בסימנים מובהקים, אמנם מפירש"י מוכח לענ"ד שיש לפרש דהאי וקאמרי סימנים לאו סימנים מובהקים הוא, דהא שם בגמ׳ איתא סבר רב חסדא למימר היינו שני ת"ח ולא אמרינן הנך אזלי לעלמא והני אחריני נינהו, ופירש"י שם וז"ל „היינו שני ת"ח דתניא לעיל והשיא רבי נשותיהן ע"פ נשים ותרלינא דאמרי סימנים ולא אמרינן הני אחריני נינהו וסימנים הכי אתרמי" וא"כ מוכח מפירש"י שגם לפי מה דבעי רב חסדא למימר ג"כ ידע דשם מיירי ע"י סימנים, ואם היינו מפרשים שהסימנים היו סימנים מובהקים, היאך קסבר רב חסדא למילף משם דלא אמרינן הנך אזלי לעלמא, הא סימנים מובהקים מעיאין על פיהם גם שלא היה לנו שום ידיעה מוקדמת אם נהרגו או מתו אלו האנשים, רק כל שאנו רואין אנשים בסימנים מובהקים, מתים, שידענו ע"פ עדים שהיה להאנשים בחייהם סימנים מובהקים מעידין עליהם, וא"כ מאי סבר רב חסדא למימר היינו שני ת"ח דלא אמרינן הנך אזלי והני אחריני נינהו דהכונה שהחזקה הראשונה שהיה בכאן גורמת, הלא סימנים מובהקים כעדים המכירים אותם דמי, וא"כ ע"כ מוכח לפי שיטת רש"י דהאי וקאמרי סימנים היינו סימנים אמלעים, ורב חסדא סבר סימנים לאו דאורייתא, ואסימנים לחודא לא סמכינן ורק הכא מפני שידענו שנטבעו כאן סמכינן על סימנים, וגם אין לומר שמפני שחששא של מים שאין להם סוף הוא רק מדרבנן שהרי אם ניסת לא תלא, ולכן מהני סימנים אפילו אם סימנים לאו דאורייתא שבמילי דרבנן מהני סימנים דרבנן, א"כ אכתי קשה מאי סבר ר"ח למימר היינו שני ת"ח להא דשומשמי הא אין כאן ראיה דלא אמרינן הנך אזלי לעלמא, שמשמע שזה גורם סברת ההיתר, הא עיקר הטעם הוא מפני שבדרבנן מועילים סימנים, אלא ודאי לדעת רש"י אמרינן שזה פשיטא ליה לרב חסדא שזה אין חילוק בין טבע במים

*) הגה"ה ומה שהוסיף רבא לומר ופסתא דידא דשדיא לכאורה זה אין מעלה כלל להוכחה שהוא הנשרף, נראה לע"ד לומר שהענין של פשט יד שהיה מושלך ולא היה תוך זה היה מגד שהיה בקנה האש שרלה להציל עלמו מהאש אך קלטתו האש ולא היה ביכולתו ללאת ויהו שהוליא לחוץ נשארה חוץ ממקום האש שאין תוך והאשה כשאמרה חזו גבראי ראתהו בקנה האש נבער, ולכן מקום הוא להשערה שהוא כמו שאמרה האשה ולכן נפרד הפס יד מהגוף ולכן סברא שיש בזה הוכחה יתירת שבעלה נשרף כמו שאמרה שאם הוא ניצל לפי שאמרה בדדמי ובעלה ניצל א"כ א"כ שבאחר אירע ג"כ כאופן כזה וסברא שלשני מקרים קשים שאין מצוים לא חיישינן ותלינן שהוא בעלה כמו שאמרה.

**) הגה"ה ומה שאנו רוצים כאן וכן באות א׳ לסמוך על עדותו של הבחור שנסע להיות שותף עם אברהם ליב הנאבד, אף שעסקו לא כדת הוא וגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה עיין (רדב"ז חלק ד׳ סי׳ ר"ה) שדעתו שכל כה"ג צריך התראה וכל שלא התרו בו לא מיפסל ועיין בפ"ת (חו"מ סי׳ ל"ד ס"ק ע"ז) מה שהביא בשם גליון הגהת הגאון ר׳ ע"א אך בנידון דידן בלא"ה נכון דהא אז בעת שהגיד לפני העד זוסמן לא כיון להעיד והרי יש לו דין מסל"ת ודו"ק.

במים שאל"ם שהוא דרבנן, לשארי עדות אשה שלא חילקו חז"ל בזה, ואם סימנים דרבנן אין מועיל סימנים, רק ההיתר בהא דב' ת"ח דמועיל סימנים, הוא משום שכאן נטבעו שני הת"ח, ולחוש דהנך אזלי לעלמא ועל מקום זה נזדמנו אחרים בסימנים כאלו זהו חששא רחוקה דלא חיישינן גם בעדות אשה, ולכן סבר רב חסדא לדמות הא דשומשמי לכאן דלא חיישינן להזדמנות שוה כמו שהיה מתחלה שניחוש לומר הנך אזלי כו' ומדוקדק לשון רש"י שכ' „דתרלינא דקאמר סימנים" גם בסברת רב חסדא, וכן משמעות נוטה בלשון הגמ' דקאמר רבא מי דמי התם קאמרי סימנים, ומלישנא מי דמי, משמע שרבא לא חידש בדיחויו שדחי לדברי רב חסדא רק מה שאומר שאין דומה להתם, וא"כ הוא סעד גדול לשיטת החכ"ל שאין לנו לומר שזה הלך מכאן ואחר בא על מקומו בסימן כזה שהיה במי שהלך מכאן משום דזה הוה חששא דחד ולא חיישינן לחששא דחד. — אמנם להתוס' שחולקים על רש"י ומפרשים דמיירי בסימנים מובהקים דוקא א"כ מוכח דלא סברי להאי סברא שגם בסימן אמצעי חוששים דילמא אתרמי על מקום זה בסימן כזה, מ"מ י"ל שבמקום שאין השיירות מצויות גם התוס' יודו דאמרינן סברא זו גם בסימנים האמצעיים, רק מה שהתוס' הצריכו כאן לסימנים מובהקים משום שבמים חשבינן לשיירות מצויות, ולדעת התוס' מוכרחים לומר לפרש הא דרב חסדא שם בגמ' שמפרש עובדא דשני ת"ח שהותר בלא סימנים רק רבא הוא שחידש זאת ובאמת ככר כתבנו שמחוור יותר לפרש הגמ' כמו שבארנו לשיטת רש"י:

ט) **עוד** סניף להתיר בענין נ"ד ע"פ מה שהעיד ר' ליב ב"ר מרדכי מסניגאן שהכירו בט"ע שהועד עליו שראהו בתלי שעה אחר שהוציאו אותו מהמקום שהיה מוקבר, וכן העיד אחיו של הנהרג שמו יוחנן, שלא היה נתפח כלל בעת שהוציאוהו ממקום שהיה מוקבר, והנה ע"ז לחוד אין לסמוך כלל דהא היה לאחר שלשה ימים וגם הוא היה חבול בפניו, מ"מ יש לצרף להיתר דהא דעת הריטב"א דחששא דשינוי פרצוף הוא חששא מדרבנן, וכן איתא בהרב המגיד (פ"ג דגירושין הל' כ"א) וז"ל, ואיכא למימר כיון דמכירין אותו חזקה שזהו הוא אלא דחשו רבנן כו', וא"כ הוה זה ספיקא דדינא, וא"כ בהצטרפות סימן אמצעי יש לדון דהוה ספק ספיקא לגבי דאורייתא, ספק אם הכרה לאחר ג' ימים מועיל מה"ת, וספק שמא סימנים דאורייתא דהא הוא בעיא דלא איפשטא, וספק ספיקא כזה מועיל מדינא שיהיה מותר לגמרי, וכמש"כ הש"ך (ביו"ד סי' ק"י) שכל שלגבי דאורייתא הוה ס"ס ולגבי דרבנן הוה ספק אחד דשרי יעו"ש, והגם שיש חזקת איסורא דאשת איש מ"מ ספק ספיקא מספיקי דדינא מועיל גם במקום חזקה, וכמש"כ הפמ"ג (ביו"ד סי' י"ח) בש"ד בסוף סימן הנ"ל, בשם כנה"ג ובשם הג"ה אלפסי, הן אמת שמתשובת הרא"ש המובא (בטור אה"ע סי' קי"ה) [יעו"ש בפרישה שמפרש שם דברי הרא"ש] מוכח שגם בסימנים מובהקים קצת היינו סימנים אמצעיים טובים, מ"מ לא סמכינן להתיר זה במקום שהכירו לאחר ג' ימים ולא סבר לה להאי ספק ספיקא שכתבנו, ואולי ס"ל להרא"ש כשיטת הסוברים דהכרה לאחר ג' ימים הוא פסול מה"ת להעיד בעדות אשה, עוד יש לומר שגם אם יסבור הרא"ש דהכרה לאחר ג' ימים הוא רק פסול דרבנן כדעת הריטב"א והרה"מ, מ"מ אתי שפיר שהחמיר שאין סימנים מועיל בזה שמשום חומרא דא"א לא חילקו בזה, וכיון שלדינא נקטינן דלא סמכינן אסימנים באיסורא דאשת איש, ה"ה גבי הכרה לאחר ג' ימים אין סומכין בזה אף שיש סימנים, וכמו שמצינו בגמ' יבמות (דף קכ"א) דמפשט פשיטא להגמ' שגם במים שאין להם סוף שהוא רק מדרבנן ואפ"ה לא סמכינן אהכרה דלאחר ג' ימים ואין חילוק בזה, מדפשיט הגמ' מההוא דטבע בדגלת ואסקוהו לאחר חמשה ימים, והגמ' לא משני משום דשם סמכו אהכרה גם לאחר ג' ימים משום דמים שאל"ם הוא רק מדרבנן, ורואין אנו שהגמ' סבר כיון שתקנו חכמים דלא סמכינן אהכרה לאחר ג' ימים אין חילוק בין היכא שמעידין ע"ז לבד ובין היכא שטבע במים שאין להם סוף וידוע זה לנו שנטבע האי גברא, וה"נ יש לומר שאין מועיל סימנים אמצעיים בצירוף הכרה דלאחר ג' ימים, מ"מ אהני לן מש"כ שבארנו שיש כאן ספק ספיקא לגבי איסור תורה, היינו הספיקא דאחר ג' ימים אם הוא מה"ת והספיקא דשמא סימנים דאורייתא, שלכל הפחות ידענו שיצאנו מחשש איסור תורה, וא"כ כיון שע"פ שורת הדין מותר מה"ת מטעם ספק ספיקא ע"י אלו שני הספיקות, א"כ יש לנו לסמוך על דעת החכ"ל בתשובתו שהחליט שכל מקום שאין השיירות מצויות וידענו שהיה שם ונמצא הרוג בסימן שהיה נמצא בהנאבד שיש להתיר, ובפרט בנ"ד שיש לנו הסברא שנעשה בו ג"כ הכאות גדולות שהיה בהם חשש מיתה ע"פ עדות העד מפי עד שהעיד ע"ז, וא"כ יש לנו סעד גדול מה שהוכחנו סברת רש"י בזה סוג הענין שהיכא שטבע במים שאל"ם ואסקוהו ונמצא בו סימנים שמועיל סימן אמצעי שאין לנו לחוש שמא הראשון אזיל לעלמא ואחר נזדמן כמותו בסימן אמצעי וכמש"כ לעיל (באות ח'), וכיון שבארנו שהכרה לאחר ג' ימים בצירוף סימן אמצעי טוב יצאנו בזה ע"פ שורת הדין מאיסור תורה, וא"כ יש לסמוך על דעת המקילים הוא סברת דעת החכ"ל, וכמו שהוכחנו שכן הוא דעת רש"י, והראנו בע"ה שכן מחוור בפשט הגמ':

י) **עוד** נראה לענ"ד להעיר בענין ההכרה בנ"ד דהא העיד אחי בעלה של האשה העלובה שאחר שהוציאו אותו מן החפירה נתמלא שם מים [והגם שאחי בעלה השני אמר שלא ראה מים שם עד למחר אין לא ראינו ראיה להכחיש השני], וא"כ כיון שבהמקום הנ"ל נמשך מים והעפר שהיה מכוסה שם היה מעורב בלחלוחית מים, וכן העיד השני שהעפר שהיה מכוסה היה מעפר הסטנאזעווע שידוע שיש בו לחלוחית מים, וא"כ יש לדון שיהיה לו הדין כמו הנמצא מונח במים שמלמת למית שגם לאחר ג' ימים מועיל הכרה, ובאמת גם המכוסה בעפר לידד הכנסת יחזקאל (בתשובה סי' מ"ז) אולי אין בזה דין לאחר ג' ימים ויועיל גם לאחר ג' ימים הכרה, כש"כ הכא עדיפא בזה שהיה העפר לח ממים המתערב בהעפר, הגם שבנ"ד אין מקום קולא מצד המים דהא יש בו מכה ומיא מרזו מכה, אך יש לומר דהא היכא שהושלך מת במים כתבו האחרונים שאין כאן ריעותא דמיא מרזו מכה לאחר מיתה וכמש"כ הבית מאיר, ומ"מ לענין לאחר ג' ימים מהני כמובא בפ"ת (ס"ק קע"ו) בשם הרשד"ם ומהר"י אדרבי ועיין בדבריו בארוכה, ואף שבנ"ד ע"פ הגב"ע יש ספק אם הושלך במים מתחלה חי או מת, אך הא זה קיי"ל לדינא שכל הספיקות בהכרה דאחר ג' ימים תולין להקל, וא"כ תלינן שהושלך מת מתחלה תוך המים ואח"כ לתוך חפירה זו שנתכסה בעפר לא אם יהיה דינו כמים לענין מלמת למית, שיועיל הכרה גם לאחר שלשה ימים, ואם שע"ז לבד היה קשה להורות להקל במלתא חדתא שלא מצינו לזה ראיה ברורה דמהני, מ"מ סניף הוא להקל ובפרט שהועד עליו שלא היה בו שום ניפוח אז בעת שהוציאו מהחפירה, ואם שאין לבנות היתר ע"ז, מ"מ סעד הוא להיתר שבארנו לעיל באות ט' ובאות ו' כנ"ל:

יא) **עתה** אבוא להעריך מערכה להיתירא בנ"ד ע"י סימני הבגדים והכרתם בצירוף הסימן שבגופו, וטרם כל אבאר במה שהחכ"ל בתשובתו (סי' קל"ד) כתב להתיר ע"י סימנים מובהקים או טביעת עין בבגדים וסימן אמצעי בגופו מטעם דהא דחיישינן לשאלה הוא לשאלה דרבים, אבל לשאלה דיחיד היינו לאיש שיש לו סימן בגופו כזה לא חיישינן, והבית מאיר חלק עליו בזה וסובר דשאלה דיחיד

אין דומה לנפילה דיחיד משום דנפילה לא שכיח דמזהר זהיר ביה, כדאיתא בגמ' (יבמות קט"ז א'), ומ"מ במקום דשאלה לא שכיח גם הבית מאיר מודה ג"כ דדמי זה לנפילה דליחיד לא חיישינן, ובנ"ד דהוה דבר דלא שכיח השאלה, חדא דהא הוה שאלת כל הבגדים שלו, ועוד דבכתובות כתבו כמה מהפוסקים שהוא דבר דלא מושלי אינשי, ולכל הפחות הוא מידי דלא שכיח, ובמידי דלא שכיח גם הבית מאיר מודה דלא חיישינן ליחיד כמו נפילה אליבא דאביי דחיים לנפילה ומ"מ ליחיד לא חיישינן. — והחתם סופר (בתשו' סימן ס"ה) הוכיח מן דברי התוס' (גיטין כ"ח א') שחלוק נפילה דיחיד משאלה דיחיד, מדמקשו התוס' אהא דמלא בחפיסה כו' הא דלא חיישינן לשאלה שמא השאילו לאחר ותירצו שמיירי שבחפיסה אבדו, והא אכתי קשה ניחוש שמא מצאו אחר והניח בו גיטו וג"כ אבדו, אלא ודאי שהוא משום דלנפילה דיחיד לא חיישינן, וא"כ למה הקשו התוס' וניחוש לשאלה הא זה שאלה דיחיד, אלא ודאי דשאלה דיחיד אין דומה לנפילה דיחיד, עכ"ד. ולענ"ד יש לתרץ שמדברי התוס' לא קשה מידי על החכ"ל הנ"ל, דאין הכי נמי דשאלה דיחיד שוה לנפילה דיחיד, ומ"מ בגט חיישינן משום שאפשר בגט אחר וכמו שכתב החכ"ל בעצמו שם בתשו' הנ"ל, ומה דקשה אהא דחפיסה ניחוש שמא מצאו אחר והאחר אבדו ג"כ, נראה לענ"ד שמתרי טעמי לא קשיא, כיון דאבדה מצוה לטפל בשמירתה לכן לא חיישינן שמא המוצא אבדה אבדו אח"כ שנית, ב) כיון דמוצא אבדה אסור להשתמש באבדה ואפילו לצורכה ולצורכו ג"כ אסור, וא"כ היאך נחוש לנפילה דלמא אחר מצאו והניח בו גיטו הא זה הוה דבר שיש בו סימן, וא"כ אסור להשתמש בה והיאך יניח בו גיטו, ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן:

יב) **ובעצם** דין וסברת החכ"ל שדן לדמות שאלה דיחיד לדין נפילה דיחיד, תמהו עליו רבותינו הגאונים הנו"ב בתשובתו (במה"ק סי' נ"א והג' רע"ק איגר בתשו' סי' ק"ז) דהא מוכח, מרבה שלמד הדין דלא חיישינן לנפילה אפי' לנפילה דרבים מהא דשני יוב"ש מוציאין שט"ח על אחרים, מכלל דלא ס"ל לחלק בין רבים ליחיד שאם חיישינן גם ליחיד היה לנו לחוש, ונראה לענ"ד לתרץ דינו של החכ"ל, והאשונה אתפלא על מש"כ הגאון בנו"ב (שם בסי' נ"א) וז"ל, גם אם נגרוס רבה מ"מ מוכח דרבא לא חייש לנפילה דרבים, דהא סבר שם בגט פשוט (דף קע"ג) אותיות נקנות במסירה ואין צריך להביא ראיה, ורבא לא חייש לנפילה וכיון שרבה הסובר כן הוצרך להביא ראיה, א"כ גם רבא צריך להביא ראיה לדבריו וראייתו יהיה מהא דשני יוב"ש כמו שרבה הביא מכאן, ואיך מביא ראיה מנפילה דיחיד, א"ו דרבא סבר שאין חילוק בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים, עכת"ד בקצרה. ולענ"ד ע"כ צריך לומר שאליבא דרבא אין להביא ראיה ממשנה דשני יוב"ש לדינו שאמר באותיות נקנות במסירה שא"צ להביא ראיה ולא חיישינן לנפילה ופקדון, דהא התוס' כתבו (ביבמות קט"ז א') ד"ה מאי דהוכחת רבא מחבי בר נגאי כו' דאגבה בהו רבה בר אבוה זוזי, הוא משום דלא חיישינן דלמא מסר לו השני, ובחשש מסירה יש לנו לחוש באמת שאין זה נפילה ולא דיחיד, דהא בכונה מוסר את השטר למי ששמו כשמו וכמש"כ החכ"ל בעצמו בתשו' הנ"ל, ואפ"ה סבר רבא דלא חיישינן ובזה באים עליו מטעמא כאן נמצא עתה וכאן היה ובתחלה נכתב על שמו, וא"כ בטעם זה יספיק לנו למתניתין ששני יוב"ש מוציאין שט"ח על אחרים שגם אם חוששים לנפילה מ"מ כאן נתלה שמתחלה נכתב על שמו ושלו היה מתחלה, וא"כ איך ילמוד רבא לדינו באותיות נקנות במסירה שאנו רואין שלא על שמו נכתב שלא ניחוש לנפילה, א"ו שגם שרבה הוצרך להביא ראיה מ"מ רבא אמרה למלתיה בלא ראיה רק מסברא אמרה שאין לנו לחוש לנפילה אפילו לנפילה דרבים, ולכן שפיר יש לנו לומר שבזה רבא יודה לסברת אביי שגם אם היינו חוששים לנפילה יש לחלק בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד:

ועוד נראה לענ"ד לומר שמה שרבא סובר באותיות נקנות במסירה שאין צריך להביא ראיה, לא משום דלא חייש לנפילה כלל משום דלא שכיח דהא באמת גם לפקדון לא חייש רבא ובכאן אין מקום להסברא כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה, ורק טעמו של רבא, שבאמת הדין בכל המטלטלין הולכין אחר המוחזק בהם ואין אנו חוששים שמא בא לו בתורת פקדון או שמצאו גם אם יברר שהיה חזקת מרא קמא לאחר, וכמבואר (בב"ב דף מ"ו) בסוגיא דאומן ובב"מ ריש פ' שנים אוחזין ובכמה דוכתי כל שאין להמרא קמא עדי פקדון, והא דאביי סבר דצריך להביא ראיה הוא משום שהשטר אין גופו ממון רק צריך לתבוע בו, לכן א"א לגבות בו מהלוה בלא ראיה שהוא בעל דינו, ואין הכי נמי לגבי המלוה היה מועיל חזקתו על גוף השטר רק שאי אפשר לגבות בו וממילא נשאר זכות החיוב שעל הלוה בחזקת המלוה הקדום, וכעין זה כתבו התוס' (ביבמות קט"ז א') ד"ה אותיות בשם ר"י בסה"ד יעו"ש, ורבא סבר כיון דאותיות נקנות במסירה ממילא יש לו דין מטלטלים ממש שכיון שקונה אותו במה שנמסר לידו חשוב בו כמוחזק, וממילא מועיל גם גבי הלוה שכיון שיש לו בתפיסתו חזקת קנין נגד המלוה ולכן יכול לתבוע מהלוה ג"כ שהרי יש לו כח של המלוה שהוא בחזקת קנין נגדו ולכן סבר רבא דלא חיישינן לנפילה ופקדון: ואחרי שהעלינו שאין לנו הוכחה דרבא פליג אביי בסברתו דחיים לנפילה דרבים ולא במה דלא חיים לנפילה דיחיד גם אי חיישינן לנפילה דרבים, הדרינן לכללין דאביי נגד רבה הלכה כאביי דבתרא הוא, וכמש"כ הרא"ש בסוף פ"ק דב"מ, והא דקיי"ל בדינא בשטר שאין חוששין לנפילה, הוא מטעמא דרבא דאמר (ביבמות קט"ו ב') גבי יצחק ריש גלותא דאמרינן כאן נמצא וכאן היה מקודם, וכמו דאמר רבא ביבמות שגם למסירה לא חיישינן, גם למאי דקיי"ל אין אותיות נקנות במסירה:

יג) **עוד** נראה לענ"ד להוכיח מד' התוס' שם (ביבמות קט"ו ב' וקט"ז א') שלדעתם מוכח שרבא סובר החילוק בין חששא דיחיד לחששא דרבים, שהתוס' כתבו (שם קט"ו ב') ד"ה והא, היכא פשיט רבא איסור מממונא כו' ועוד הא בהוחזקו מודה רבא כו', ותירצו דמדמי רבא ממונא היכא דהוחזקו לאיסורא היכא דלא הוחזקו, ושם (קט"ז א' ד"ה מאי) הקשו התוס' מהא דאיתא (בגיטין כ"ד ב') קטנה הוא דלא מצי מגרש גדולה מצי מגרש אמר רבא זאת אומרת שני יוב"ש מוציאין שטר על אחרים, ומאי ראיה מגט הא בגט אין לחוש דילמא מסרה לחברתה ובשטר יש לחוש, ותירצו ע"ז (לבד תירוצם דגרסינן רבה) שני תירוצים ותירוצם השני בשם רבינו אלחנן, דמדמי שטר לגט שלא נזהרים בו ויש לחוש לנפילה ה"נ בשטר יש לחוש דילמא מסר, וקשה לענ"ד לפי דבריהם שבהוחזקו מודה רבא דחיישינן באיסורא, והא כאן בגט הוחזקו והיאך מצי מגרש להגדולה כיון דיש לחוש שמא של השניה הוא וכאן הא הוחזקו, ואם נאמר שבגט שאני לפי שהוא בידה זה עדיפא לן שגם בהוחזקו אין לחוש גם באיסור, א"כ הדרא קושית התוס' דלעיל לדוכתא היכא פשיט רבא איסורא מממונא לענין דלא חיישינן לתרי יצחק, ואם משום דשם הוחזקו הא מוכח דרבא בעצמו סובר שמה שהוא מוחזק בהשטר שבידו גם הוחזק חשיב כלא הוחזק, וא"כ היכי מצי רבא ללמוד מזה דלא חיישינן לתרי יצחק דילמא בממונא שאני דקיל מאיסורא. ע"כ נראה לענ"ד לומר שסברת התוספות שפס בגיטין דהוה חשש דיחיד לכן לא חיישינן גם בגט דלא מזדהרא ביה ויש לחוש לנפילה, מ"מ מי יימר דאתי ליד השניה ששמה כשמה, ובשטר המסירה דחיישינן דילמא מסר ליוב"ש השני אין חשוב זה חשש דיחיד לפי שהוא מוסר בכוונה למי ששמו

שמו כשמו וכמש"כ הח"ל בתשובתו הנ"ל, ולכן כיון דלא חיישינן בגט גם לחשש דיחיד מעלינן לדרגא חד בממון דלא חיישינן למסירה הגם שאין זה חשש דיחיד, ולפי מש"כ מוכח מדברי התוספות שמה שאין אנו חוששין לחששא דיחיד הוא גם בדבר המצוי לחוש, ולאו דוקא בנפילה משום דמזדהרא ביה, דהא כתבו התוס' אליבא דרבא שגם שיש לחוש לנפילה בגט משום דלא מזדהרא ביה ואפ"ה לא חיישינן, וע"כ זה הוא משום דהוה חששא דיחיד:

ולפי דברינו הנ"ל יתורץ ג"כ למה הולרך אביי להוסיף בדבריו אי לנפילה מזהר זהיר ביה, שמשמע דלכך לא חיישינן משום דמזהר זהיר ביה, אבל לולי זה היינו חוששין גם בחששא דיחיד, וכמה שדקדק מזה הבית מאיר דלא כסברת החכ"ל לענין שאלה דיחיד, ולמש"כ אתי שפיר דאביי לטעמיה דפליג שם על רבא (בגיטין כ"ד ב') שאמר זאת אומרת שני יוב"ש מוליאין שט"ח על אחרים, ודאי דמיירי בעדי מסירה ור"א הוא, והנה מה דמהדר רבא למידק מהא מתניתין דגיטין זאת אומרת שני יוב"ש מוליאין שט"ח על אחרים, הא משנה מפורשת היא (בב"ב קע"ב א') שנים שהיו בעיר אחד כו' דמדייק (שם ע"ב) רבה ממתניתין דהתם, דהם על אחרים מוליאין שט"ח, וגם אביי מודה שם לדיוק זה, ואם משום דשם הברייתא פליגא אמתניתין וסברה דאין מוליאין על אחרים שט"ח ולכן מדייק ממתניתין דגיטין, מאי אולמא משנה זו דגיטין ממשנה דב"ב. ונראה לענ"ד דממתניתין דב"ב לחודא הייתי אומרים דמתניתין דב"ב פליגא בהא עם הברייתא, דמתניתין סברה דאותיות נקנות במסירה, והברייתא סברה דאין אותיות נקנות במסירה, ורבא בעי למפשט דאפילו אם אין אותיות נקנות במסירה דהכי סבר רבא לדינא כמש"כ התוס' ביבמות, ג"כ הדין בשני יוב"ש שיכולין להוליא שט"ח על אחרים ולא חיישינן דלמא מסר, ובגט לא חיישינן לנפילה הגם שיש מקום לחוש לנפילה, ואביי פליג בהא התם בתרווייהו דיני, בשטר סובר שאם הדין שאין אותיות נקנות במסירה יש לחוש למסירה, ובגט דלא מזדהרא ביה יש לחוש גם לנפילה דיחיד, ולזה קאמר אביי שפיר הכא למאי ניחוש לה אי לנפילה מזהר זהיר ביה ובאופן זה דלא שכיח אין לנו לחוש לחד אפילו באיסורא, נמלא יולא מזה שבארנו בע"ה שאדרבה מוכח מזה דלרבא אליבא טפי הסברא דלא חיישינן לחששא דיחיד מאליבא דאביי, ונמלא קם דינא של החכ"ל דלא חיישינן לשאלה דיחיד. וכן מדברי הבעה"ת המובא בתומים (סי' כ' ס"ק ד') שכתב בטעם דשני יוב"ש מוליאין שט"ח על אחרים משום דלא חיישינן לנפילה דיחיד, וביאר התומים דבריו שלכך הולרך לטעם זה דלנפילה דחד לא חיישינן משום כי היכי דלא יוכל הלוה לטעון שלאחר הוא אפי' במקום שיש לו מיגו יעו"ש, א"כ רואין אנן שיש חילוק בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים:

יד) **ואהרי** שבארנו וחזקנו ב"ה לדעת החכ"ל שלא ניחוש לשאלה דיחיד, וא"כ בסימן אמלעי בגופו וסימנים מובהקים או ט"ע בהבגדים מלטרפים יחד משום דלא חיישינן בכה"ג לשאלה, לפי שהוא שאלה דיחיד שיזדמן להשאיל למי שיש לו סימן אמלעי כזה, וא"כ הבנא לדינא לנ"ד שהאשה אשת הנאבד הגידה בזה שנמלא ליפורני רגלים משונים שהיה כן בבעלה נקראים בלשון העולם (קאלטענאָווטע נעגיל), וזה חשוב סימן אמלעי טוב בודאי, דהרי מובא (בבאה"ט ס"ק ע"ד בשם מהר"ם פאדווא) דליפורני אלבעותיו מקולקלים הוה סימן מובהק ויעויין בספר קהלת יעקב (סי' נ"ג) שהביא ג"כ לדבריו, ולכל הפחות הוה זה סימן אמלעי טוב הוא, ועוד דהא יש לנו שני סימנים גרועים היינו השינים גדולים וליפורני הרגלים שאין חתוכים, שזה באמת הוה סימן גרוע כחיוורי וסומקי לפי שמלוין אנשים בליפורני רגלים חתוכים ושאין חתוכים, מ"מ שני סימנים גרועים בלירוף הסימן אמלעי טוב בשינוי ליפורני הרגלים, לדעת הרבה מחברים יחשב זה לסימן מובהק, וכדאיתא (בתשו' מהרי"מ סי' י"ח) שדעתו נוטה שסימן גרוע חד מלטרף לסימן אמלעי שנעשה סימן מובהק, וכש"כ בנ"ד דאיכא תרי סימנים גרועים לבד הסימן האמלעי הטוב, ואמנם אפי' אם ניחוש לדעת החולקים שאין מלטרפין סימנים גרועים לסימן אמלעי שיהיה ע"י זה סימן מובהק, מ"מ מחזקים להסימן אמלעי שלא נחוש לשאלה של הבגדים לאיש כזה שיהיה נמלאים בו הסימנים גרועים והסימן אמלעי, כמו שהיה בבעל הבגדים הנאבד. — והנה בנ"ד בהבגדים היינו בהכתונת היא אומרת שיש לה בו סימן בהטלאי שהניחתה בהכתונת ומלמלמת המקום באמלעית הכתונת לגד פנים למטה בשוליו, וא"כ נראה דחשוב זה סימן מובהק וכמש"כ (הט"ז בס"ק ל"א), נוסף לזה היא אומרת שמכרת בט"ע שלה שהיא הכתונת שתפרתה וגם מכרת הטלאי שהניחתה שדרך הנשים להכיר מלאכתן שעסקו בזה, בהלעטניק אמרה שמכרת הקארט והקנעפליך שמזה הקארט תפרה בגד לבנה ג"כ, והנה סוג הקארט והקנעפליך אם נחשב זה כסימן אמלעי או רק כסימן גרוע, הנה איתא בספר קהלת יעקב להגאון מקארלין (סי' מ') דכשמייחד המין שהבגד נעשה מזה זה נחשב סימן ולא הוה זה כחיוורי וסומקי, ומביא ראיה לזה מהא דאמרינן (בב"מ כ"ח א') היא אומרת סימני החוט, ופריך הגמ' אילימא בחיוורי וסומקי דלמא בהדי דנקט ליה חזיתיה, משמע דלולי זה היה סימן והא חיוורי וסומקי לא הוה סימן אלא דמיירי שמייחד מין הלבע ע"כ דבריו, ולענ"ד אין זה במשמע כיון דסתמא קאמר הגמ' בחיוורי וסומקי בלשון אחד כמו דאמר הגמ' לעיל משמע דבחד גוונא הוא, ועיקר דינו ג"כ אין מסתברא כיון שממין סחורה אחת נעשה כמה חתיכות כאחת וכמה בגדים נעשים מסארט אחד וא"כ מסתבר שזה הוא סימן גרוע, ובעיקר הקושיא מסימני החוט נלע"ד לומר דהא דחיוורי וסומקי לא הוה סימן, הוא דוקא כשאנו דנין ע"ז לבדו, אבל כשהוא מלטרף לדבר אחר יש לו דין סימן, פירושו, כשהוא אומר שאותו הבגד יש לו חוט לבן או שחור זה הוה סימן לפי שלא כל הבגדים יש להם חוטים ואם יש להם אינם רק במראה הזה, ולכן בהלטרפות הוה זה סימן, וה"נ בענין הגט לא כל הגיטין יש להם חוט ולכן כשאומרת שלזה הגט היה לו חוט לבן נחשב זה סימן אמלעי, וה"נ כשאומרת שלזה הבגד מקארט זה יש קנעפליך כאלו הוה סימן ששניהם אין מוכרת שמלוי זה, ולבד זה הסימן משניהם כאחד הקארט וקנעפליך ביחד, יש עוד שני סימנים אמלעים טובים א' הפאטעיטמניק שתחת השחי, ב' שכל הקנעפליך שלו היו חסרים רק התחתון היה בו, וא"כ לדעת הרבה מרבותינו הפוסקים ששני סימנים אמלעים נחשבים כסימן מובהק, נחשב בנ"ד סימן מובהק כפי הרבה הסימנים שבהבגד לעטניק הנ"ל, וגם יש בו ט"ע של אחי בעלה וגם בהארבע כנפות יש בו הרבה סימנים טובים א) שבהחלק האחרון מן האר"כ היה בו ג' חתיכות, ב) שאמרה שהיה פאלב אחד ובו היה ג' או ד' תפירות לרחבו, ג) שאמרה שהיה בו משיחה שבו היה מקשר במקום הקרס (העקיל) שנחסר מאתו, וגם אמרה וסיימה *) סוג הסחורה שממנו נעשה האר"כ וכל אלו הסימנים אמרה האשה טרם ראתה אותו, עוד אמרה בו סימן טלאי שהניחה אלל הפאלב באמלעיתו מסוג קארטון אחר שזה נחשב לענ"ד סימן מובהק אחרי שמלמלמת המקום עם סוג קארטון אחר והוה זה ודאי סימן מובהק, נוסף לזה אומרת שיש לה טב"ע בו, וא"כ כל הטב"ע שבכל השלשה דברים הכתונת והלעטניק והאר"כ

*) לפענ"ד נראה לומר שלגבי האר"כ י"ל שבירור סוג הסחורה יחשב לסימן ואף למש"כ לפקפק על דינו של הקהלת יעקב לפי שמסוג אחד נעשה כמה בגדים בעולם, מ"מ עיקר סוג זה נעשה לבגדי נשים ויכול שלא נעשה מזה בגד ליניח וכל שלא נתברר שיש מזה עוד נחשב זה לסימן דו"ק:

ואחר"כ בצירוף כל הסימנים המה נחשבים כבירור גמור שהוא של אברהם ליב הנאבד הנ"ל, וא"כ אין כאן רק חששא דשאלה ולמש"כ וחזקנו סברת החכ"צ שאין לחוש לשאלה לאיש שנמצא בו סימן כמו שהיה בבעל הבגדים שזהו שאלה דיחיד, וכש"כ בנ"ד שיש בגופו הסימן אמצעי והרבה סימנים גרועים שלכמה מחברים נחשב זה סימן מובהק בגופו, ובנ"ד איכא הרבה צרופי לקולא של הח"צ להצטרפות הטב"ע והסימן מובהק שבבגדים בצירוף סימנים שבגופו, וגם הוא בכל הבגדים ששאלה כזו אין מצוי וגם בכתונת אין מצוי להשאילו :

טו) **ולכאורה** יש מקום חשש לפי שכל הסימנים אמרה אחרי שראתה, זולת השלשה סימנים שבאר"כ אמרה קודם שראתה אותו וכן הסמך שיש לנו על טב"ע דידה וט"ע של אחי בעלה. ולכאורה יש לחוש לנו בזה שהוא חשש ע"א במלחמה לדעת הסוברים שגם בידע הטביעה אומרים בדדמי וכהכרעת הריב"ש וכמש"כ (בנודע ביהודה מהדו"ק סי' כ"ח) וא"כ בנ"ד יש לחוש אולי נחשב מה ששמעו שנהרג כמו שידע הטביעה ויש לחוש לאמרה בדדמי, אך בהמת אין חשש לזה דאין דומה זה לידע הטביעה שעם הידיעה הוא דבר ברור שחושבין זה למיתה, משא"כ בנ"ד אין כאן ידיעה ברורה רק קול, אך לבד זה נראה לענ"ד שלענין טב"ע בבגדים אין לחוש לבדדמי, לשיטת רש"י (שם קט"ו) ד"ה וקאמרי סימנים ופרש"י דאי לאו סימנים חיישינן דלמא אחרים הם לפי שהמים משנים צורת הפנים ואין ניכר, ועיין תוס' שחולקים על דברי רש"י לפי שהמים מצמת למית, ולענ"ד נראה כוונת רש"י דודאי שינוי גמור אין עושה המים לפי שמצמת למית, אך מפני שיש כאן חשש בדדמי חיישינן לשינוי מועט שמחמת זה יאמרו בדדמי, אבל במקום שאין שינוי כלל אין לחוש בדדמי כי לשיקרא לא חיישינן, וא"כ בטב"ע בבגדים אין כאן מקום לחשש של בדדמי : אמנם לדעת התוס' שחולקים על רש"י וסוברים שאין כאן שינוי בפנים, רק סברתם שבט"ע יש חשש בדדמי יש להסתפק אולי גם בט"ע בבגדים יש חשש בדדמי, אמנם כבר העיר בזה הנו"ב בתשו' (סי' מ"ג) ודקדק מדברי מהר"ס פדווא שבטב"ע בבגדים אין כאן חשש בדדמי, וכתב שגם אם נאמר שיש חשש בדדמי גם בבגדים, מ"מ החליט ע"פ מסקנת התוס' (דף קט"ו ב') ד"ה וקאמרי בסה"ד בשם ר"י דמהני סימנים ע"פ טב"ע, ודעתם שהגם שיש חשש בדדמי מ"מ כל שיש צירוף סימנים אף שאין סומכין על הסימנים, מ"מ מהני לחזק הטב"ע שלא נחוש לחשש בדדמי בהטב"ע, וא"כ בנ"ד שהיה בכל הבגדים בכל או"א הרבה סימנים מהני זה לחזק להטב"ע שלא נחוש לחשש אמרה בדדמי, ולבד זה בנ"ד אין כאן ידיעה ברורה שנהרג שניחוש שמא אמרה מחמת זה בדדמי וכמש"כ. — מכל הלין טעמי נראה לענ"ד שהאשה מ' ריסא אשת אברהם ליב ב"ר שמואל הכהן מותרת מכבלי העגון ומותרת להנשא אחרי שיתירוה בב"ד של שלשה כדין הנשאת על פי עד אחד. ומחומר הנושא כתבתי כל זה להגאון הגדול מרן רבינו יצחק אלחנן נ"י הגאב"ד דקאוונא והשיב שמסכים להיתירא, וכתב לי במכת"י הטהור שהאשה מותרת להנשא וישבו בב"ד שלשה והתירוה. כל זה העליתי וכתבתי פ"ק סוויר ח' שבט תרמ"ג לפ"ק. משה החופ"ק הנ"ל :

סימן ב

שכתבתי לגיסי הרב הגאון מהו' אליהו נ"י המו"צ בוויטעבסק וגוף הענין של הגב"ע לא אעתיק ויובן מתוך התשובה :

באשר שלח לי כתר"ה את קונטרסו הנחמד אשר העריך בחכמה בדין העגונה אשת הערן ב"ר שלמה אליוסאן אשר העלה כת"ר בכחא דהיתירא, וכתב לי שכבר הסכים להיתירא הגאון הגדול רבינו יצחק אלחנן נ"י הגאב"ד דקאוונא, ורצון ידידי שאצטרף ג"כ לשריותא של העגונה הנ"ל, האומנם אשר לא צריך לזה כי כבר בנה כת"ר על יסודות חזקות ונאמנות אשר האריך בקונטרסו ע"פ ספרים וסופרים ראשונים ואחרונים, ובפרט שהסכים להיתירא מרן הגאון הג' דקאוונא, אך אחרי שרצון כתר"ה שאהיה גם אנכי מהמצטרפים להיתירא של העגונה הנ"ל, אמרתי לא אמנע מזה ועברתי על כל דבריו הנחמדים, ולמען שלא אהיה רק כמסייע כו' הנני לכתוב אשר מצאתי להעיר בענין זה בעז"ה :

הנה בגוף הענין של ספק שמא היה ההרוג הנמצא אשר העדים אמרו שהכירו שהוא הערן אליוסאן, או אלינסאן, אולי היה יותר מן שלשה ימים אחר מותו שאז ההכרה לא כלום היא, והעלה כת"ר לצרף שיטת ר"ת וסייעתו בצירוף כל המחברים המתירים בספק אם הוא תוך ג' ימים או לאחר ג' ימים, ובצירוף הרגלים לדבר שהוא בתוך ג' ימים, הנני אומר שפיר קאמר מר, ואין בזה שום חשש וכאשר כתב החלקת מחוקק, (בסי' י"ז ס"ק ק"ח) וז"ל „כבר נמנו וגמרו האחרונים שכל ספק ג' ימים הוא לקולא" נוסף ע"ז בנדון שלנו שרגלים לדבר שהוא בתוך שלשה ימים, וכאשר הביא בשם הצמח צדק (סי' ק"ג) שהולכין אחר השכיח בין להקל ובין להחמיר. — ולבד זה נראה לענ"ד לחזק זה שבנ"ד שמצאו ההרוג במקום המלחמה שהיה ביום 30 אווגוסט ולמחרתו מצאו אותו שם, ולפמש"כ הנו"ב (במה"ק סי' ל"א) בטעם האוסרים בספק ג' ימים משום דאיכא חזקת אשת איש נגד חזקת חיים של ההרוג הנמצא, וא"כ נלענ"ד שיש לדמות זה לסכין שנמצא לאחר שחיטה פגום דקיי"ל כר"ה בלא שיבר בה עצמות משום דחיישינן שמא בעור נפגמה, ואין מועיל חזקת הסכין הקדום מפני חזקת הבע"ח הנשחט שהוא בחזקת איסור, ואפ"ה בשיבר בה עצמות קיי"ל כרב חסדא כיון שיש לפנינו דבר שודאי פוגם לא מורעינן לחזקת הסכין הקדום מפני שאין ספק מוציא מודאי פוגם, וה"נ בנ"ד לענין אורועי חזקת אשת איש לחוש שמא היה הרוג מכבר, אמרינן ביום זה היה הרוגים בודאי שנהרגו באותו היום ומקודם לכן הוא ספק שמא היה כאן ואין ספק מוציא ודאי, וממילא מרעינן מצד זה לחזקת אשת איש ע"י ההרוג הזה שהחזקנו אותו שנהרג תוך ג' ימים :

מיהו יש לחלק ולומר דבשלמא התם כיון שהסכין היה מקודם השחיטה בחזקת בדוק והפגימה הנמצאת יש לתלות בדבר שודאי פוגם חשוב זה כלא נמצא לפנינו פגום, רק שנאבד הסכין ומוקמינן הסכין על חזקתו שהיה שלם בלא פגימה, משא"כ בנ"ד שהוא שעת חירום ויש לספק שמא היה הרוג אחר מקודם ג"כ באותו המקום ולכן נהי שאותו היום היה ודאי הרוגים שם מן המלחמה מ"מ יש להסתפק אולי היה עוד מונח שם איזה הרוג מקודם, מ"מ נראה לענ"ד דשפיר יש לדון לילך בתר בתרא כיון שדרך לפנות ההרוגים ולא להשהותם על השדה וכמו דאיתא (בפסחים ז' א'), ועוד שגם אם יהיה אפשר במציאות שנמצא שם איזה הרוגים מקודם מ"מ ההרוגים של אותו היום שהי' בו המלחמה מרובים המה בכמות הרבה, וא"כ כשאנו מסופקים על הרוג זה הנמצא מאין הוא בא אם מהרוגי יום זה או שהוא מן הרוגים הקדומים, הלא צריך למיזל בתר רובא שבודאי הוא מן הרוגי יום זה המרובים, ורוב זה שעושה להההכרה שיהיה זה הכרה ברורה, מוציא מן חזקת חיים וחזקת א"א של אותו האיש שהוא בעלה דרוב וחזקה רובא עדיף. — ואין להשיב הא מצינו בספינה שאבדה בים הגדול שרובן לאבד כדאיתא (ב"ב קנ"ג ב') ואפ"ה נותנים עליה חומרי חיים וחומרי מתים, והוא מפני שיש כאן שני חזקות נגד זה חזקת חיים וחזקת א"א ומחמת זה נותנים עליו חומרי חיים ואין מועיל הרוב להוציא

להוציא מזה, ה"נ בנ"ד לא יועיל ההכרה שהיא באה מצד הרוב שתולים אנו שהוא מהרוגי יום זה להוציא מחזקת חיים וחזקת אשת איש של בעלה של אשה הלזו שאנו דנין עליה, מ"מ ז"א דהא כתב הנו"ב שיש נגד חזקת חיים של בעלה חזקת חיים של הרוג זה וחזקת הכרת פנים שלו שלא נשתנה מכמו שמראה לפני העדים שראוהו, וחזקות אלו מסייעים לרוב הרוגי יום זה שתולים שמהם בא הרוג הזה שאנו דנין עליו, ונוסף ע"ז כאן איתרע חזקת חיים של האיש שאנו דנין עליו שהוא בעלה של האשה זו מצד העדות שאחד ראה שירד עליו החץ והכה בלבו ונפל, וא"כ ממילא כיון שאין מנגד לנו החזקת חיים של בעלה של זו שהרי יש עליו ריעותא, יש לנו לדון לילך בתר בתרא שהוא רוב מהרוגי יום זה, וממילא תהיה ההכרה של העדים שהכירוהו למחרתו של יום המלחמה שהוא בעלה של האשה זו שמת, ותצא האשה בהיתר ע"י הכרתן של העדים הנ"ל, ובאופן זה גם המחמירים בספק ג' ימים יודו בזה:

והואיל ואתא לידן דברי הנו"ב (סי' נ"א) אמרתי להעיר מה שלענ"ד ל"ע על דבריו, והוא מש"כ בתשו' הנ"ל בד"ה וגם, שכתב וגם מש"כ לעיל דלא מחזקינן חזקת חיים ממקום למקום לא שייך כאן, דבשלמא גבי נגע באחד בלילה אמרינן שפיר דשעת מציאה שהוא מת במקום הזה, ואמרינן למפרע שכל זמן היותו במקום הזה הוא מת, אבל בנמצא ואנו מסופקים על זמן היותו במקום הזה עצמו אימתי בא למקום הזה, מה בכך שבשעת מציאה הוא מת לפנינו, אדרבה ניזול בתר חזקת חיים שודאי חי היה פעם אחד, ונימא חזקה עד קרוב לעכשיו חי היה ומקרוב הובא למקום הזה והוא עדיין תוך ג' ימים עכ"ד. — והנה יסוד חילוקו הוא שכל שאין מבורר היות דבר זה נמצא במקום זה, אין שייך לדון עליו מצד חזקה שנמצא לפנינו כמו שהוא, רק שנאמר שמקרוב הובא למקום הזה ועד עת שהובא לכאן חי היה מצד החזקת חיים שהיה חי מקודם, ומועיל באופן זה החזקת חיים לְאַחֵר עת היותו במקום הזה, וקשה לענ"ד על דבריו, א"כ למה בשרץ הנמצא במבוי מטמא למפרע עד שעת בדיקת המבוי, נימא אוקי השרץ בחזקת חי, ואי משום דבשעת מציאה היה השרץ מת נימא שהובא כאן מקרוב מחמת שמקודם היה חי כפי חזקתו הקדומה. — ובאמת יש לדקדק למה במבוי מטמאינן למפרע עד שיאמר בדקתי, כיון שהיה פעם אחת בדוק וא"כ זה דמי לראוהו חי מבערב, ונוקי המבוי אחזקתו הקדומה והטהרות יהיו טהורים בחזקתן, ומה שאמרו בגמ' (נדה ג' א') הטעם כיון דאיכא שרצים דאתי מעלמא ושרצים דאתי מגופא כתרתי לריעותא דמי, משמע מפירש"י שם שזה הוא נצרך לתרץ אליבא דשמאי אבל לב"ה לא אילטריך זה. והנראה לענ"ד לומר דענין חזקה דהשתא שעת מציאה עם החזקה דמעיקרא שהיה במקום הזה שמתנגדים זה לזה, מחשבים לכל משך זמן שבין שני הזמנים כספק שקול, וממילא אם הוא ברה"י ספיקו טמא וכמו שכתבו התוס' בנדה (ד' א' ד"ה כי פליגי), שגם בראוהו חי מבערב ברה"י ספיקו טמא אליבא דר' יוחנן, וכן הוא ברמב"ם (פי"ח מהל' אבות הטומאה הל' י"ד) שרק ברה"ר טהור כשראוהו חי מבערב, והאי מבוי מיירי במבוי סתום שדינו כרה"י וכן הוא מפורש בפי' המשנה להרמב"ם דמבוי רה"י הוא, וכן הוא בהרע"ב (במשנה פ"ז דנדה), ועכ"פ אנו רואין שחזקת חיים של השרץ אין מועיל להחזיק לודאי בחי נגד מה שהוא מת לפנינו בשעת מציאה, רק כספק שקול, וא"כ מעתה אין קושיא מה שהקשה הט"ז ודעמיה נוקי אחזקת חיים, דהא כיון שהוא מת לפנינו נעשה זה כספק שקול וממילא לענין אשת איש נחמיר מספק שמא הוא אחר ג' ימים, ובגל משום דאיתרע חזקתו הקדומה מחזקינן לודאי לפי שבאותו מקום לא היה חזקת חיים, עכ"פ רואין אנו שגם שאין ידוע לנו מתי הובא לכאן לא מכרעא חזקת חיותו להוציא מספק מת כמו שהוא לפנינו במקום זה, וזה דוחק לומר שגבי שרצים לא חשיבא חזקת חיותם חזקת חיים:

אמנם לבד זה לענ"ד נראה להקשות על סברתו של הנו"ב מתוספתא בפ"ד דטהרות דאיתא התם קבר הנמצא (גיר' הגר"א ז"ל בר"ה) מטמא למפרע, בא אחד ואמר ברי לי שלא היה קודם לעשרים שנה אין טמא אלא משעת מציאה ואילך, ע"כ, הרי מוכח מתוספתא שגם בר"ה כל שנמצא קבר מטמא למפרע, ולמה לא נוקי אחזקת חי של המת הנמצא ולומר שלא הובא מקודם רק בזמן המאוחר האפשרי להיות, אלא ודאי שכל שאנו דנין על חזקה דהשתא הוא שעת מציאה אנו מטמאים למפרע ואין אנו חוששין על חיים גם שאפשר שלא הובא לכאן בזמן המסופק לנו, או משום דהחזקה המאוחרת מבטלת לחזקת חיים, או שלפי שאין נודע לנו על מי שאנו דנין אין שייך לדון על חזקת חיים שלו כי מתים נמצאים בעולם, ובאמת מתוספתא הנ"ל שהבאנו נלמוד דין חדש, דהא מבואר בתוספתא הנ"ל שאם בא אחד ואמר שלפני עשרים שנה לא היה כאן מת אז אין טמא אלא משעת מציאה, ולכאורה יש להבין הא זה ידעינן שקודם שהובא המת למקום הזה לא היה כאן מת, ואפ"ה מטמאין למפרע ומה מועיל יותר מה שאומר אחד שלפני עשרים שנה לא היה כאן מת שאז אין מטמאין רק משעת מציאה, וצריך לומר בהסבר דבר זה שענין החזקה דהשתא, כל שלפני האנשים שאנו דנין עליהם לא היה כאן חזקה להיפך, אז מחזקינן למפרע כמו שהובא לפנינו ואף בר"ה מטמאים, אבל כשנמצא אחד שיודע עת קדום שלא היה כאן טומאה, נמצא שלפניו ידוע לו בעת טהור במקום הנ"ל, אז אין טמא רק משעת מציאה אבל מקודם הוה ספק וכמו שכ' מקודם שהעת שבינתים הוה ספק, ושם דהוה ר"ה ע"כ טהור עד שעת מציאה, והה"נ שברה"י היה טמא למפרע, מעתה לענין הרוג הנמצא ודאי דבספק הוא מתרי טעמי, חדא, שגם ביש לו חזקה הקדומה הנודעת לפנינו מקודם מ"מ בעת שבינתים הוה ספק, שנית, במקום שאין אנו יודעים אותו מקודם הגם שידענו שקודם מותו חי הוא, מ"מ אחרי שלא נודע לנו עת הקדום לו שהיה חי דיינינן לו כמת כמו שהוא לפנינו, והחזקת חיים אין יכול להחליט הדבר שיחשב כודאי שהוא תוך ג' ימים, ומ"מ לענין דינו של המהר"ם מינץ שפיר יש לתלות להקל שמת הוא יותר מן שלשים יום וכדעת הט"ז, מצד שנחשב זה לספק וכמו שבארנו:

עוד נראה לענ"ד לומר בטעם הדבר שאנו חוששים לשמא הנמצא יותר משלשה ימים ואת האיש שאנו דנין עליו שההכרה מתדמה עליו מעמידין אותו בחזקת חי, והענין הוא שבשני סוגי חזקות נמצאים בחזקה הקדומה, יש חזקה שלא איתרעה היינו שלא נמצא לנו דבר שמודיע לנו שנשתנה, וחזקה זו אלימתא, והוא מה שמצינו (בגיטין כ"ח) שמעמידין בחזקת חיים ומפקיעין אנו בזה מחזקה אחרת והיינו כל שלא ידעינן שום ריעותא דנין לו בחזקה הקדומה, ומטעם זה גם בזקן וחולה ג"כ מעמידין בחזקתו לפי שלא ידעינן עליו שום השתנות, משא"כ היכא שנתהוה ריעותא המספקת כמו הא דספק גירושין או קידושין (יבמות ל' ע"ב) דאמרינן ג"כ אוקי אחזקה, או כמו שני כתי עדים המכחישים זא"ז למ"ד תרי ותרי ספיקא דרבנן ומוקמינן אחזקתה, החזקה זו שאנו דנין ומוקמינן אחזקה קמייתא היא חזקה פחותה מחזקה שלא ידעינן בה שום ריעותא ושינוי, וכן מה שנמצא השתנות אח"כ לפנינו ולא ידעינן מתי נעשה דמוקמינן אחזקה קמייתא, הוא ג"כ גרוע מחזקה שאין אנו יודעים עליו שום שינוי. — ומעתה נחקור בענין הרוג או מת הנמצא שספק לנו אם המת הנמצא הוא בתוך ג' ימים וההכרה היא הכרה אמיתית, או שהוא אחר ג' ימים וההכרה אין ברורה ומחמת חזקת חיים נעמיד שמת תוך שלשה ימים, מ"מ אין זה רק חזקה שנתהוה בה ריעותא

ריעותא, ושגבוא בזה להוציא מן החזקה שהוחזקו בחי בבעלה של אשה זו שלא ידעינן בו ריעותא של מיתה, הלא חזקה זו עדיפא ואיך נוכל בחזקה של חיים שבמת הנמלא שיש בה ריעותא, לבטל בזה החזקה שאין בה ריעותא של שינוי, ואין לומר שכיון שמ"מ אחד מת, זה או זה הורע בזה חזקת חיים של האיש שאנו דנין עליו דמאי אולמא האי או האי, ז"א, דניחזי אנן אם אחד יסע למרחק לעיר אחרת וישלח גט לאשתו או שישלח חטאתו שמעמידין אותו בחזקת קיים, ואם יבואו אנשים משם ויאמרו שיודעים שמת שם איש אחד בעיר ההיא ששם שם השולח הגט או החטאת, הכי נחוש מחמת זה להגט או להחטאת, הלא בודאי נאמר מה לנו מה שאיש מת שם מ"מ אותו נעמידו בחזקת קיים שלא איתרע החזקה של השולח בזה, וא"כ ה"נ בנ"ד באיש המת הנמלא כיון שההכרה של אחר ג' ימים אין נחשב הכרה כלל ממילא לא הורע חזקתו של בעלה של אשה זו שאנו דנין עליה, ואותו חזקה של הנמלא אם כי מעמידין בחזקת חיים לאחר עת מיתתו, מ"מ הא איתרע חזקתו שהוא מת לפנינו ולא אלימא כל כך וזהו הטעם של המחמירים בספק של ג' ימים, אמנם לפ"ז בענין נ"ד שאתרעי חזקתו של בעלה שאנו דנין עליו שהרי נעשה בו מעשה שעלול למיתה, בזה שפיר יש לומר שבחזקת חיים של ההרוג שקברוהו, נבוא להרע חזקתו ונאמר שעכשיו תוך ג' ימים מת וממילא מתברר שהוא מת :

ובענין הנב"ע שכתב כתר"ה שהעידו שני העדים ששמעון העיד שהערץ אלינסאן הלך עמו יחד מוויטעפסק לאיגלינקע פאלק 1 באטאלאן 3 ראטע והלכו למלחמת פלעוונא ושם נהרג הערץ הנ"ל וזאת לא נודע לו מאיזה עיר היה הערץ הנ"ל, והעד חיים הוסיף בעדותו שקראו אליוסאן, ואמר שהוא היה מכירו מוויטעפסק שהיה איזוואשליק אצל כזית ונמסר עמו ביחד לאנ"ח והעיד עליו ג"כ שהוא היה באיגלינקי פאלק 1 באטאלין 3 ראטע ושם בפלעוונא נהרג, ונקבר על ידו עם עוד יהודים אחרים, וחקר כת"ר בזה שלא אמרו שם אביו, והנה בעדותו של העד חיים אין לפקפק כלל שאומר עליו הרבה סימנים המבררים שהוא בעלה של אשה זו וגם אומר עליו שנמסר לא"ח לפאלק זה אשר אשתו אומרת ג"כ שהיה באותו הפאלק וכתבה אליו מכתב וגם קבלה משם מכתב ממנו, וברא(ט)ע אחת אין נמצא שם מרובה מיהודים שנחוש שמא יש שם אחר ששמו כשמו ואולי בעלה אחר הוא ואותו שהכירו וקברוהו אחר הוא, ויהיה נצרך לומר ששנים היו שם בשם הערץ אליוסאן ושניהם מוויטעפסק ולפי משמעות עדותן של השנים הנ"ל לא היה שם רק אחד בראטע הנ"ל, וא"כ אין לנו שום ספק על עדותן, לא מיבעיא על עדותו של חיים שהוא נותן בדבריו ברורים על הערץ אליוסאן בעלה של זו, ובפרט שנבדק בפנקס הפריזיו ולא היה עוד אחר ששמו הערץ אליוסאן באותו השנה, וא"כ נודע שהוא היה שם ואותו הכיר העד חיים לאחר מותו וקבר אותו, ואין זה נוגע כלל להא דיבמות (קט"ו ב') בילחק ריש גלותא אם חוששין שם לתרי ילחק, דשם מיירי לשיטת הרמב"ן וסייעתו שאין העדים יודעים אם זה שהיה עמהם שהלך מקורטבא לאיספמיא, זהו שהיה מוחזק לאנשי קורטבא שדר בעיר הנ"ל, ובקורטבא היה ידוע להם רק אחד ששמו ילחק ריש גלותא, ומן הליכתו בדרך מקורטבא לאיספמיא זה לא נודע לאנשי קורטבא אם זה הדר בעירם הלך בדרך, ולכן פליג אביי בזה וחייש לתרי ילחק, ורבא התיר מטעם כאן נמלא כאן היה ולא חייש לאחר, אבל בנ"ד כיון שנמסר לאנ"ח להיות שם וזה ידע העד חיים שהוא היה שם ומה יהיה נצרך עוד, וגם לאביי דחייש לתרי ילחק הכא אין לחוש כלל, אחרי שנודע שהוא הנמסר בוויטעפסק הוא שהיה בפלעוונא והוא שנהרג ונקבר, ובוויטעפסק לא נמסר רק אחד בעלה של זו וגם אין לחוש שמא ברח הוא ולא נמסר להפאלק ואחר בא על מקומו, חדא שזה ידוע שעוס אחד לא יתקבל מעצמו בלתי שיתקבל ע"י הקאמיסיע, ועוד שהעד חיים אומר שמכיר אותו שהיה איזוואשליק אצל כזית בק"ק וויטעפסק, ואצל כזית לא היה אחר בשמו הערץ אליוסאן או אלינסאן איזוואשליק, וגם עדותו של שמעון מועיל ג"כ אחרי שנודע ע"י אשתו שבעלה היה בפאלק הנ"ל 3 ראטע ושם לא הוחזק רק אחד ששמו הערץ אליוסאן וכיון ששמעון מעיד שאותו הערץ אליוסאן או אלינסאן [כי מדברי העדים ניכר שמה שזה קרא אליוסאן וזה קורא אותו אלינסאן חד הוא ולא דייקי במבטא, וכעין זה נמלא בתשו' הר"ן (בסי' ל"ג וסי' ל"ד)] שהיה שם בפלעוונע באותו הפאלק, מת במלחמה וקברוהו, הרי יש לנו עדות על מיתת בעלה של האשה זו אלא שאין אנו לריכין לזה שבעדותו של חיים מבורר הדבר ע"י הכרתו מוויטעפסק ושם וכמבואר לעיל :

וראיתי בדברי כת"ר שכתב שבהני תלת מילי דאבא יודן (ביבמות קכ"ב) כו' שהמיתה ברורה מקילין ע"י אומדנא והוכחה שהוא בעלה, וכתב כת"ר אך אחת ישאר לפנינו ההוא דאיתא (דף קט"ו) גברא חרוכא דשדי ופסתא דידא דשדיא, דהתם המיתה ברורה לפנינו שהרי גברא חרוכא דשדי ובעל אשה זו גני שם, וחיישינן לאחרינא דאתי לאגולי ופסתא דידא חיישינן דילמא נורא אתיליד ביה ומשום כיסופא ערק לעלמא כדאיתא התם, הרי אף שהמיתה ברורה חיישינן לגוונא רחיקא כו', ותירץ כת"ר ע"ז ע"פ דברי הא"ר כו' שמדחזינא פסתא דידא וגברא חרוכא, הוי הוכחה ששני בני אדם היו שם שהאור שלט בהם כו', ולכן שפיר חיישינן שלא נודע לנו מי המת מן שני האנשים ע"כ. והנה זה נכון ע"פ פירש"י שהפסתא של אחר הוא, אך הריטב"א בחידושיו מפרש לדברי הגמ' שלא היה שם ידיעה ברורה שהפסתא דידא היה של אחר והיה אפשר לומר שהפסתא דידא היה מן הגברא חרוכא או מן אחר וא"כ נדחה תירוץ זה, ולענ"ד נראה משמעות הסוגיא דשם כשיטת הריטב"א, שאם נאמר שזה ברור היה שהפסתא דידא היה של איש אחר וא"כ שני אנשים נחסרו שם ע"י השרפה ואחד נשאר בחיים שלא נחסר ממנו רק היד ואחד מת, היאך היה סומך רבא לומר שמותרת האשה, אחרי שאחד מן השנים שהיו שם שנחסרו נשאר בחיים והלא יהיה ספק שקול אם בעלה מת או לא, ואין לומר משום דקאמרה חזו גבראי והיא אומרת שבעלה נשרף בודאי, ונאמר שסברת רבא הוא אימתי אינה נאמנת לומר שבעלה מת בענין כזה רק במקום שמנגד לה חזקת חיים, משא"כ כאן שאחד מן שניהם מת ודאי יש לנו להאמינה שבעלה הוא המת, לענ"ד אין סברא לומר כן כיון שאחד נשאר בחיים ועדותה לא כלום שאומרת בדדמי ויעויין (במש"כ לעיל בסי' א' אות ז) ועיין (בנוב"ק סי' מ"ב) שמפרש ג"כ למלתא דפשיטא שאפשר להיות שהפסתא דידא היה של הגברא חרוכא, ואין כאן הוכחה שהוא של אחר. — ומ"מ נלענ"ד ליישב שיטת המפרשים דהפסתא דידא היה של אחר, מ"מ אפשר במליאות ואולי קרוב יותר שגם האיש שהפסתא דידא נשאר מ"מ הוא נשרף ג"כ בשלימות, ולכן אמר רבא ועוד גברא חרוכא דשדי, היינו שמן שני האנשים החסרים מסיבת האש אחד מת בודאי והשני יכול להיות שנשרף ג"כ באש, וא"כ אתרע חזקת חיים של בעלה, וע"כ סבר רבא למימר שתהיה היא נאמנת לומר במה שאמרה חזו גבראי, היינו דשלט בו האור ושנשרף כולו שם. — ובעיקר הקושיא שדקדק כת"ר מדוע בהא דגברא חרוכא מחמרינן לחששא רחוקה ואילו בהא עובדא דאבא וכו' לא חיישינן שאחרים באו על מקומם והמה המתים, נראה לענ"ד לומר שכל שהחשש בעת המיתה שמא ניצל שפיר חיישינן משום דהטבע הוחק בהאדם לבקש הצלתו וללחום מלחמת קיומו, וחזקתו שהוחזק בחיים כאן לא יועיל האומדנא שמת כי לא הלך למקום הזה בשביל שימות כאן או יהרג, ולכן לא אמרינן כאן הוא שנאבד הוא שנמלא

שנמלא, משא"כ בהני עובדי דאבא יודן ועוד, בכולהו אנו מחזיקים אותם בחייהם של אלו האנשים שהם היו מי שהיו מוחזקים בהם שהם הם, וכן הא עובדא דיצחק ריש גלותא ג"כ בחיים מחזיקים שהוא האיש יצחק שמוחזק אצלינו מקודם, ואח"כ כשנתברר עליו שמת ממילא מוחזק האיש הנ"ל למת, משא"כ הא דגברא חרוכא שבאנו ע"י האומדנא להחזיקו שלא ניצל, ולזה אין מועיל האומדנא, וכמו דחיישינן במים שאין להם סוף אף שהוצאנו מת אחד מן הים, כל שלא נודע לנו ע"י סימנים או ע"י הכרה שזהו שאנו דנין עליו, כן נראה לענ"ד:

וע"ד ההכחשה שהיה בין שני העדים ששמעון אמר שבלבו נפל הכדור, וחיים אמר שלוארו נחתך לו, ופלפל כת"ר בחכמה במחלוקת הפוסקים בשני עדים אחד אומר מת ואחד אומר נהרג שבאה"ע (סי' י"ז סעיף ע'), ואף שא"א להקל נגד הני רברבי המחמירין באחד אומר מת ואחד אומר נהרג, מ"מ כתב כת"ר שבנ"ד יש להקל מתרי טעמי, חדא ששמעון אמר אח"כ ומתרץ דיבורו שלא ראה בבירור, רק מצד האומדנא שהיה הדם על הכתונת שיער בהשערתו שהכדור נפל בלבו, ועוד דאפשר ששני כדורים נפלו עליו בלבו ובלוארו, ודברי כת"ר נכונים בזה שבנ"ד גם המחמירים יודו בזה שלא חשוב הכחשה בדבר שאפשר לטעות, וכמו שאמרו חז"ל בגמ' בין חיטי לשערי טעי אינשי (כ"ב נ"ו ע"ב). — אמנם לענ"ד נראה שבנ"ד בלא"ה לא תהיה המחלוקת של אחד אומר מת ואחד אומר נהרג, דטעם הדבר שבאחד אומר מת ואחד אומר נהרג סברי המחמירים דה"י הכחשה נראה להסביר, דאחד שאומר מת על מטתו הלא מכחיש ואומר שלא נהרג, ומי שאומר נהרג הלא אומר ומכחיש שלא מת על מטתו, ולכן הוה עדות מוכחשת וא"א להשיאה על פיהם, ולכן נראה לענ"ד דהני מילי שכל עדותן היה רק זה הדבר שזה אומר שמת על מטתו וזה אומר נהרג ובזה אנו באים להתירה, והוא דומה לאחד אומר בסייף הרגו ואחד אומר באריכן, שעיקר החיוב בא על מעשה ההריגה וכיון שמעשה ההריגה מוכחש זה מזה אין לנו עדים על ההריגה, וכן בחזקה באחד אומר חטים ואחד אומר קטניות דלא טעי אינשי כיון שנבטלו עדותן ע"י הכחשה שכל אחד נכחש מן חברו אין לנו במה לדון ע"פ עדותן, אמנם כאן בנ"ד שעיקר עדותן שראו אחד מת בלא חיות מסיבת המלחמה וטלטלוהו וקברוהו, וא"כ מה איכפת לן בההכחשה שזה הכחיש לחברו שאמר שבלבו נפל הכדור וזה הכחיש להשני שאמר שבלוארו נחתך, לוא יהיה ששני הדברים אין אמת מחמת ההכחשה זה לזה, מ"מ בזה ששניהם אמרו ומודים שטלטלוהו מת מן סיבת המלחמה ונקבר, ונהי שהוכחשו בסיבת ההריגה מ"מ ע"ז שאומרים שקברוהו בזה לא הוכחשו, וכמו דאיתא (ב"ב נ"א) דאמר רב נחמן נהי דאתכחיש באכילה באבהתא מי אתכחיש וקיי"ל כרב נחמן דסבר כרב הונא שכל זוג עדים מהמוכחשים כשרים כל אחד בפני עצמה להעיד, וממילא אמרינן דכשרים אפי' לאותה עדות במה שלא הוכחשו, וא"כ נראה באומר אחד מת ואחד אומר נהרג ואחד יאמר שהיה בעת הקבורה שראהו וקברו בודאי שנאמר בזה הדין נהי שאתכחיש במיתה בקבורה לא אתכחיש, ואם הדין כן באחד מהעדים אומר קברתיו אף שהוכחש בעדותו על המיתה שמת, הא על הקבורה לא היה בזה הכחשה מהשני, וא"כ מהימן לומר וקברתיו דהא לא אתכחיש בהא שאומר שקברו, וא"כ כיון שגם באחד מן העדים שאומר וקברתיו סגי לן ואמרינן נהי דהכחיש במעשה המיתה במעשה הקבורה הרי לא הוכחש ועפ"ז מתירין להאשה, וכש"כ היכא ששני העדים אומרים עדותן על מעשה הקבורה, וא"כ אפי' לרב חסדא שפוסל שני עדים המכחישים זא"ז להעיד לעצמא] מ"מ אחד מהן כשר ממ"נ, וכיון ששניהם מעידים על מעשה הקבורה, ובזה לא אתכחיש ולכן שפיר מועיל העדות בזה, אך אין אנו צריכים לזה כי קיי"ל כרב הונא וכרב נחמן דאף לאותו עדות אמרינן שבמאי דלא אתכחיש מהימני:

אמנם אפי' אם נאמר שגם באמרו וקברתיו מ"מ היכא שזה אומר מת כדרכו על מטתו וזה אומר נהרג אין אומרים שלא נחשב מוכחשת, רק מחשיבים אותם מוכחשים בעיקר העדות משום שהנו אומרים זה אומר נקבר מת כדרכו וזה אומר נקבר הרוג ותשיבי עבור זה עדות מוכחשת, מ"מ נראה לענ"ד שבנ"ד שאני, ולא נחשב עדות מוכחשת, שבשלמא התם בנקבר מת או נהרג במקום שראו את המיתה מאיזה דבר בפרט והקבורה באה אח"כ מפני שמת מקודם, וא"כ עיקר עדות היא המיתה או ההריגה וכשמכחישים זא"ז, יש לדון שאפשר שחשוב זה מוכחשים בעיקר העדות, משא"כ בנ"ד שלא ראו העדים את עצם מעשה המיתה וע"ז לא העידו, רק עיקר עדותן הוא שראוהו מת בלי חיות כלל שטלטלוהו ממקום למקום וקברוהו, וסיבת המיתה ג"כ משתוים שהיתה ע"י מכת המלחמה, ולא היה נוגע לעיקר העדות לדעת ולחקור ע"י איזה סיבה היה מכת המלחמה בו שמת מחמת זה אם בלבו או בלוארו, וא"כ בהכחשה כזה אין לחוש כלל לומר שתשיבי מוכחשים בעיקר העדות, דודאי בעדותן שע"י זה המה מתירים להאשה היינו שטלטלוהו מת וקברוהו בזה משתוים המה וזהו עיקר עדות, ומה שאומרים נחתך בלוארו או נפל הכדור בלבו הוא רק הכחשה בבדיקות, ולא בדרישות בעצם העדות, וזה דמי למש"כ הגאון רע"ק איגר ז"ל (נשי' פ"ז) לענין הכחשה באיכות הקבורה שחשיב זה רק הכחשה בבדיקות, כיון שאין צריך לגוף העדות דסגי במה שיאמרו שטלטלוהו ממקום למקום, וא"כ ה"נ בנ"ד לא היה נצרך כלל לגוף העדות באיזה מקום נמצא בגופו מכות הכדורי מות, ורק בטלטלוהו מת וקברוהו סגי. — עכ"פ בעיקר הדין בהיתירא של האשה חייענא שהיתה אשת הערן ב"ר שלמה אליוסאן, הנני נטפל לעושי מצוה לאצטרופי להמתירין לה מכבלי העיגון, ונצרך להתירה בב"ד של שלשה הגם שיש כאן שני עדים אחרי שעדות שמעון לבד אין בו כדי להתירה כ"א בצירוף של העדות השני שהעיד ר' חיים הנ"ל מפני שהעד שמעון קרא אותו אלינסאן וגם אין מכיר אותו מקודם ולא ידוע לו שם אביו ושם משפחתו, ורק בצירופו של העד חיים, שמוכח זה שמה שהרבה קורין אותו אלינסאן הוא שינוי בעלמא במבטא, וגם הוא בצירוף הגדת האשה שקבלה מאת בעלה מכתב שהיה שם במלחמת פלטוונא באותו הפאלק, ויוכל כת"ר להושיב ב"ד של שלשה ולהתירה:

סימן ג

ע"ד עובדא דאתא לקמן בשנת תרמ"ט בק"ק באלטרומאנין שבאת ידיעה לאשה אחת שמת בעלה במגפה שהיה מסיבת החולי חשלטת שם במקום רחוק באמעריקא ותוכן ענין הספיקות והחששות יבואר בתוך התשובה וענין הגב"ע שהיה מנידון זה נערך אצלי קונטרס מכל הגב"ע שהיה על ענין הנ"ל, ומה שנוגע לדינא יובן מתוך התשובה שכתבתי בנ"ד בעזר"ה.

א) **הנה** יש לנו על מיתת הבעל שבתי ב"ר יהושע בבאלטרומאנן שמונה אנשים שהמה באמעריקא שכולם אמרו ששמעו שמת שבתי הנ"ל, יש שבא מהם מכתבים לקרוביהם לבאלטרומאנן שנכתב שם, ששבתי בעל של האשה פלונית שהיא היתה בבאלטרומאנן מת, ויש שבאו בעצמם מאמעריקא לבאלטרומאנן, והעידו לפנינו ב"ד ששמעו

ששמעו שם ששבתי הנ"ל מת, וכל זה הוגד לפנינו. — והנה בעדותן של אלו די להתיר אחרי שכולם אמרו שמת שבתי הנ"ל, הגם שכל אלו לא היו אצל מיתתו באותו מקום שמת שם, רק ניכר שאליהם באה ידיעה ע"פ השמועה שמת, וחשוב זה כמו שהמה אומרים כל אחד ואחד שמעתי שמת פלוני ולא אמרו בשם מי שראה מיתתו, מ"מ הא מבואר ברמ"א (בסי' י"ז סעיף ה') שאפי' אמר סתם ששמע כשר העדות ולא חיישינן שמא עדות הראשון פסול היה, וכמבואר שם בב"ש (ס"ק פ"ז) שהיכא שא"א לברר כשר גם בסתם שאין אנו יודעים ממי שמע, ובנ"ד שהוא מקום רחוק מאוד חשוב כא"א לברר, ומסתימת לשון רמ"א שמתיר באומרת שמעתי סתם שמת פלוני נראה דלא חיישינן ששמע קול הברה, וכן מבואר בספר עזרת נשים (בס"ק נ"א), אך מביא שם בשם המבי"ט דבעינן שיאמר שמעתי מפי פלוני, וא"כ לדידיה לכאורה יש לפקפק על כל העדיות, כיון שכולם לא היו אצל פטירתו שהרי מת במקום אחר וא"כ רק מפי השמועה אמרו, וכיון שלא אמרו מאין נודע להם זאת חיישינן לקול הברה. — ולעיקר הדין כבר הביא שם בספר עזרת נשים הנ"ל שמרן הבית יוסף בתשובה חלק על המבי"ט והעלה ששמעתי סתם מהני, הגם שעל עדותו של ר' ליב ב"ר יהודה שאמר ששמע מן אבא ב"ר משה גאלדשטיין שמת, יש לפקפק ע"ז יען שאמר שהוא ראה בהמכ"ע וזה אין נודע לנו אם כותב המכ"ע הוא יהודי או אין יהודי, וא"כ יש לחוש שאין זה נחשב למסל"ת דהא בעדות מפי כתב מבואר (בספי' י"א) בשם הרמב"ם דבעינן שיהיה כתב ישראל דוקא, והביא שם החלקת מחוקק (בס"ק כ"א) שלא הוכשר רק מסיח לפ"ת ולא כותב לפי תומו, וא"כ יש לחוש לכל העדיות אולי נתפשט ידיעתם מן מי שראה כתוב בהמכ"ע שנכתב ע"י א"י, וא"כ אין לנו סמיכה טובה על עדותן של אלו הנזכרים בהגב"ע, מ"מ על עדותו של יעקב ב"ר לבי משה, שאמר ששמע מאחותו שהיא שמעה מהבחורים, בן ישראל יוסף ובן נחום יצחק, ואותם הבחורים היו שם קרוב למקום שהיה האיש שבתי שאנו דנין עליו והמה ידעו ושמעו ע"י איזה שהיה שם בעת ובמקום פטירתו, אם יהודים או אין יהודים, הגם שעל העדות של בן ישראל יוסף יש לדון שהוא כתב ערעור אח"כ שנזכר בהגב"ע שיבואר להלן אי"ה, מ"מ על העדות שנאמר בשם בן נחום יצחק שממנו אין לנו חרטה מהעדות שלו אח"כ יש לסמוך. — וגם על העדות מן המכ"ע יש להעיר ג"כ דהנה הרב ב"י כתב על מש"כ הרב המגיד על הרמב"ם שהצריך שידעו שהוא כתב ישראל, וכתב הרה"מ שלא הוכשר א"י רק במסל"ת אבל לא כתבו עכ"ל, וכתב בבדק הבית (בסי' י"ז) על זה „ומש"כ אבל לא כתבו אין לו טעם שאם כתבו כתוב בדרך מסל"ת למה יגרע" עכ"ל, וראיתי בס' עזרת נשים שהכריע בענין זה שהטעם אם כתב בן עם אחר בדרך מסל"ת אין מועיל הוא דוקא בכותב לישראל כיון שטרח לכתוב לישראל להודיעו אמרינן שאינו מסל"ת רק כוונתו להתיר, ולכן בכותב א"י לא"י חברו וישראל ראה זאת שמועיל זה, וא"כ מטעם זה י"ל שאם ישראל ראה בהמכ"ע שמת ישראל אחד שמועיל גם אם הוא הודעת א"י כיון שכותב א"י לא"י, מעתה יש להקל ע"פ כל אלו העדיות שבאו לפה שאמרו ששמעו בנויארק מאנשים שונים ששבתי הנידון שלנו מת, וכש"כ בנ"ד שהוא רק ספק אם היה ידיעתם ע"פ המכ"ע או אולי שמעו מאחד שנודע לו הדבר וכמו דאמרינן היכא שהגיד א"י מסל"ת מפי א"י אחר, ולא ידעינן אם הא"י הראשון אמר זה בדרך מסל"ת דתלינן להקל, וכמו שהכריעו האחרונים כדעת הת"ה דתלינן מסתמא שהיה בדרך מסל"ת שזה מצוי יותר, וה"נ בספק לנו אם היה השמועה מידיעת המכ"ע או מידיעה מאחר באופן שמועיל זה, תלינן מסתמא כל שאומר ששמע שהשמועה היה שלא מן המכ"ע לבד וא"כ גם העדיות האלו נראה שמועילים.

[ובאמת ע"פ המכתב של מאקס פראנק שהועתק בהגב"ע שנכתב ביום ד' נח שרמ"ע כתב שם שהוא כתב לנויארק לוויינשטיין נראה וקרוב הדבר שזה נתפרסם ממנו]:

ב) **ועתה** נחקור בשארי העדות שיש לנו לדון בנוגע על היתר האשה העגונה הנ"ל, והנה ממכתביו של ר' ליב ב"ר יהושע אחי הנעדר שבתי שאנו דנין עליו יש לדון, מתחלה כתב בקצרה להודיע להאשה הנ"ל שמת בעלה אחיו שבתי ושיאמר בנו קדיש, ודבר זה מספיק לנו דכתב ישראל אם מכירים את כתבו סומכין עליו לכו"ע, כמבואר (בסי' י"ז סעיף י"א) וכתבו של ר' ליב הנ"ל ניכר לכמה אנשים וגם האשה הלזו מכרת היטב בכת"י, אך במכתבו השני ביאר שתחלת ידיעתו היה ע"י הטעלעגראמע ואח"כ ביום ד' נתודע היטב מתי שמת, והנה נולד לנו ספק ממי הי' הטעלעג', אם מיהודי או מא"י, וכן מש"כ שנודע לו מתי שמת לא נתברר לנו אם הי' מיהודי או מא"י ע"פ כתבו, ואם נדרוש ממנו מלד מרחק א"א להתברר כ"ז בפרטות, וכאשר דרשתי ממנו במכתב ענה בזה"ל כמבואר בהגב"ע „אז איך האב געשריבען אז ער איז געשטארבען מסתמא ווייס איך וואס איך האב געשריבען" ויש לסמוך ע"ז במקום שא"א לחקור מנין הוא יודע, וכמו שהבאנו לעיל בדברינו מדברי הב"ש (בס"ק י"ז) שכל שא"א לברר כשר גם בסתם כל שאומר ששמע שמת, וה"נ נסמוך על מה שאומר שיודע בבירור שמת, הגם שיודעים אנו שהוא לא היה שם, ומסתמא כן הוא שנודע לו ידיעה ברורה המועלת אם מיהודי או מא"י מסל"ת כדין. — והנה ע"י מכתבו של ר' ליב הנ"ל ששלח אלי אחר הפסח בשנת תרמ"ע שבו שלח אלי מכתב של איש אחד יהודי הדר בדזעסטענוויל, המקום שהיה שם האיש שבתי המנוח שאנו דנין עליו, והמכתב הנ"ל נכתב ביום ד' נח ובא אליו ג"כ ביום הנ"ל והמכתב הנ"ל מועתק בקונטרס כתב הגב"ע, וכתב שם בזה"ל „אונד איך שרייב אייך אז אייער ברודער איז געשטארבען דעם 20-טען סעפטעמבער ער איז געוועזן קראנק 2 וואכין" וא"כ ניכר הדבר שמש"כ אז במכתבו שביום ד' נח נודע לו בבירור מתי שמת, הוא מן מכתב זה שהוא מיהודי וא"כ אין לנו שום ספק ע"ז, הגם שיש לדון לפי שכתוב במכתב הנ"ל „ווען ער איז געשטארבען בין איך אליין קראנק געוועזן" וכו', א"כ לא ראה בעצמו את מיתתו, מ"מ כיון שהוא באותו העיר שמת והוא כותב שמת תלינן שמסתמא נודע לו ידיעה ברורה אם ע"י יהודים אחרים או מא"י מסל"ת, ובפרט שנכתב שע"י הפאליליע נלקח הסחורה שלו להמתין ששים יום, וכתב שהוא אמר שם שיש לו משפחה, וא"כ הרי ניכר שהיה לו דברים עם אשר דרשו עליו מן הפאליליי, וא"כ היה לו דברי הא"י מסל"ת ע"ד מיתתו שהם דרשו עליו, ואין לנו לדרוש יותר אחרי שכותב שהלך מביתו להאספיטאל ושם מת, והגם שמכתב זה של מרדכי הנקרא מאקס פראנק אין ניכר לנו כתב ידו, אך מכתב זה שלח לנו מו"ה ליב ב"ר יהושע אחיו של הנעדר הנ"ל והוא כתב לנו שהוא מכתבו של האיש הנ"ל, וכדאיתא בתשו' מהר"ם לובלין (סי' נ"ז) שגם אם ניכר לעד אחד מהני, וכן הובא בספר עזרת נשים (ס"ק ע"ה ד"ה וירא') שכתב בשם מהר"א ששון (סי' ז' וסי' י') דכוונתו של הה"מ דבקיום דעד אחד שיעיד על כתבו סגי, וכן הכריע בספר בית מאיר שם (בסימן י"ז) דקיום ע"א סגי, דלא כהרא"ש שכתב שאם ע"י ההכרה ולא ראה בעצמו שכתב בעינן שני עדים שיעידו שזה כתב ידו, רק קיי"ל כדעת מהר"ם לובלין וההולכים בשיטתו שקיום ע"א סגי:

ג) **אמנם** מה שיש לחוש בנ"ד הוא שני דברים, חדא שבכל העדיות שהוגד עליו לא נזכר מקבורתו רק שמת, ובהעיר הנ"ל שנאמר עליו שמת שם היה דבר (כן כתבו משם) הנקרא ייעלעפיבער, ובדבר יש מחלוקת אם הוא כמלחמה כדאיתא בגמ' (יבמות קי"ד ע"ב) והובא בשו"ע אה"ע (סי' י"ז סעי'

סעי' כ"ה) שתי דיעות איך קיי"ל להלכה, וא"כ בנ"ד שאין לנו שני עדים כשרים שיעידו על מותו הוה זה רק כע"א, ובע"א במלחמה הוה בעיא דלא איפשטא, וקיי"ל להלכה בע"א במלחמה דבעינן דוקא שיאמר וקברתיו, כמובא (סעי' ג'), עוד יש לדון מצד הערעור שאחד כתב מכתב ערעור שלא מת כאשר הועתק בהגב"ע מכתב של המערער ויש לדון אם יש לחוש לדבריו, כאשר נדבר להלן בזה בעז"ה :

והנה קודם יש לדון מצד עצם הדין גם לולא הערעור, מחשש של דבר, ולכאורה נראה לענ"ד שיש להקל מצד דעד אחד במלחמה הוא ספיקא דדינא, ואם דבר הוא כמלחמה, הרמב"ם פסק (בפ' י"ג מהל' גירושין הלכה ז', לפי הגירסא שלפנינו וכן הוא גירסת הה"מ) שדבר אינו כמלחמה, וא"כ לגבי עד אחד בדבר הו"ל תרי ספיקי והיה לנו לפסוק להקל בע"א במקום דבר, אך מה נעשה, שהר"ן בתשו'(סי' ג') כתב שע"א גבי דבר בעינן שיאמר וקברתיו, ואם הר"ן לא סמך על הני תרי ספיקי דדינא, שמא עד אחד במלחמה הדין להקל, ושמא דבר אינו כמלחמה להקל בלא אמר וקברתיו, וכמו שהביא הר"ן דעת החולקים על הרב אלפסי וסוברים דע"א במלחמה אע"פ שלא אמר וקברתיו נאמן, ומ"מ לא סמך הר"ן להקל מצד הני תרי ספיקי דדינא גבי ע"א בדבר, מאן חשיב ומאן ספין להקל נגדו, מ"מ נראה שכאן בנ"ד שכתב מו"ה ליב הנ"ל במכתבו אלי המועתק בקונ' הגב"ע שמשמע גם מא"י מסל"ת, ובא"י המסל"ת הביא רמ"א (בסעי' ל') שיש מקילים בזה והוא המרדכי בשם רבינו שמחה ור' נתן וראבי"ה „ויעוין בט"ז שכתב שראה בילדותו תשובה אחת בעגונה אחת שנשאל לפני זקני הדור מה"ר יצחק ב"ר בצלאל והרש"ל וסמכו על דברי המרדכי אלו להקל, ובאמת מה שמביא הט"ז שראה תשו' אחת בילדותו, נראה שהיא התשובה המובא בספר ב"ח החדשות (סי' ע' וסי' ע"א), ושם יש בסי' ע' תשובת מהר"י ב"ר בצלאל שהביא לדברי המרדכי אלו, ובסי' ע"א הביא שם המהרש"ל בתשו' דברי המרדכי, ומש"כ הט"ז שראה שם בתשובת רש"ל שלא סברת הכרס הוא כ"א יש לזה הוכחה מן התלמוד, וכתב ע"ז הט"ז שלא ידע מאי ראיה יש לו, וכאשר זכינו לראות תשובת רש"ל הלזו שם בספר תשו' הב"ח החדשות, נראה ברור הדבר שמחמת שלא היה אז למראה עיניו הק' של הט"ז תשובה הנ"ל ע"כ לא ברירא ליה אז דברי הרש"ל, כי באמת מש"כ הרש"ל שיש לו ראיה מן התלמוד הוא על נידון שלו שם שענין הגדת מיתתו היה שאינו תלוי בדין מלחמה, רק על ההכרה שא"כ ועל הקבורה יעוש"ה. — ולענין עצם הדין של המרדכי ומהרש"ל שכתבו שלא שייכא איבעיא דע"א במלחמה בא"י שאין נאמן אלא במסל"ת וסברת הלב היא כו', כתב רש"ל שם ואפילו את"ל מנין לנו להתיר מכח סברת הלב, ונאמר שאף הגדולים לא פסקו להלכה למעשה כן רק שהסכימו שסברת הלב כן הוא, ומהני הך סברא לצרף עם טעמים אחרים להתיר עכ"ל רש"ל, מ"מ יש לומר שמספיקא לא נפקא, וא"כ בנ"ד שיש עוד ספק שמא דבר אין כמלחמה ובפרט שהרמב"ם פסק כן וכן פסק המחבר בשו"ע, וא"כ שפיר יש לצרף לד' המרדכי שכתב שע"פ סברת הלב שבמסל"ת אין שייך בדדמי, וכן כתב המשאת בנימין (בסי' נ"ח) להקל במסל"ת במת בדבר בלא וקברתיו, כל שאומר סתם שמת שאפשר שגם הקבורה ראה יעו"ש, וה"כ בנ"ד המסל"ת שכתב שמשמע מהם אין מבורר זה שלא ידעו מן הקבורה שאפשר שגם מן הקבורה ידעו :

ד) **עוד** יש להקל בנ"ד שאפשר לומר שחשוב לנו כמו שאומר וקברתיו, שבמכתביו של מו"ה ליב אחי הנעדר שאנו דנין עליו המועתק בהגב"ע שכתב שם „אז איך זעה מיט מיינע אויגין אז מיין ברודער האט גידארפט שטארבין איין יונגער מאן און פאר טויזינד מייל פון דער הייס און ליגין לוא וויסין א"י מיט זייא אין אייגעמען וויא טוט מיר מיין הארץ ניט וויא ?" כו', וא"כ הרי אומר ג"כ בדבריו שנקבר והגם שלא בירר לנו איך בא לו הידיעה מן קבורתו שנקבר בין הא"י, מ"מ אין אנו מחויבים לדקדק היאך ידע זה במקום שא"א לנו לברר זה ותלינן שמסתמא נודע לו ידיעה המועלת, וכד' הב"ש בענין שמעתי שמת שהבאנו לעיל. אך יש להעיר שאין דומה זה לשמעתי שמת, שבשלמא התם באומר שמעתי שמת בודאי שמע זאת ממי שיש לסמוך עליו דאל"כ מעצמו לא היה אומר על איש שבחזקת חי הוא שמת, משא"כ במה שאומר מעצמו בתוך מכתבו שנקבר בין הא"י יכול להיות שאומר זה מצד אומדן דעתו אחרי שאללו ברור שמת א"כ בודאי נקבר, ושם ידוע זה שהיהודים לא קברוהו אז, מסתמא הוא נקבר בין הא"י :

ה) **אך** נראה לענ"ד, שבנ"ד אין זה מיקרי דבר כלל, הגם שהיה שם המחלה שלטת ביותר שאת והרבה אנשים מתו שם ר"ל מזה, מ"מ כיון שהיה זה בגדר מחלה לא מיקרי זה דבר, וראיה לזה מהא דאיתא (במ"ק דף כ"ח ע"א) חלה יום אחד ומת רחב"ג אומר זו היא מיתת מגפה שנאמר בן אדם הנני לוקח כו' במגפה וכתיב ותמת אשתי בערב כו' הרי שמיתת מגפה הוא ביום אחד, וגם הת"ק דפליג ואמר חלה יום אחד ומת זו היא מיתה דחופה, נוכל לומר דלא פליג על ר' חנינא בן גמליאל שאמר שמיתת מגפה הוא ביום אחד, רק שסובר כיון שאין העת עת מגפה ורק אדם פרטי מת ע"י חלה יום אחד לא מיקרי זה מיתת מגפה רק מיתה דחופה, וא"כ חזינן שדרך מגפה ר"ל הוא שלא ימשוך החולי יותר מיום אחד, ואין לומר שדבר לחוד, ומגפה לחוד, ז"א דהא מצינו כמה כתובים כגון (בשמואל ב' כ"ג) שאמר הנביא גד לדוד ואם היות שלשת ימים דבר ואח"כ כתיב ויתן ד' דבר בישראל ובסוף נאמר ותעצר המגפה, וכן הוא בדה"י א' כ"א, ובאמת שם מגפה הוא שם המוכה פתאום הן ע"י דבר או ע"י חרב שזה נקרא בשם מגפה, כמו שמצינו גבי אבשלום (שמואל ב' י"ח) ותהי שם מגפה גדולה, מ"מ כיון שמצינו שהכתוב קורא להמתים ע"י דבר מגפה, הרי חזינן שמתים בדבר מיקרי מתים במגפה, וכן בתפלת שלמה המלך ע"ה (במלכים א' פ', ובדה"י ב' ו') נאמר שם רעב כי יהיה, דבר כי יהיה, ובסוף הכתוב מסיים כל נגע וכל מחלה, הרי שמחלה אין נכנס בשם דבר, וכן מצאתי עוד ראיה למש"כ בדברי הב"י (בהלכות תענית בסי' תקע"ו שמביא דברי הרמב"ם בפ"ב מהלכות תענית) „הרי שירד חולי אחד לאנשים הרבה והיו מתים מאותה החולי הרי זה צרת ציבור וגוזרין להתענות" וכתב הב"י ע"ז, ויש לדקדק למה לא חלקו בין אם מתו ג' מתים בג' ימים לת"ק רגלי כו' כשם שחלקו בדבר, ואפשר דשאני דבר שהוא שינוי אויר הממית בלי שהיית זמן כו', וא"כ אנו רואין שדבר מיקרי הממית בלי שהיית זמן והוא כמו שהבאנו ממ"ק חלה יום אחד כו', אבל כל שמשתהה החולי יותר מיום אחד מיקרי רק מחלה מהלכת, וא"כ כיון שמצינו שרק בדבר הוה מחלוקת אם הוא כמלחמה, וע"כ נראה שלא נסתפקו רק בדבר הממית מהר בלי שהיית זמן שזהו בדמיון כמלחמה וכשילוח נחשים ועקרבים, משא"כ בנדון שלנו שכבר ניכר במכתבים שהיה שם רק חולי השלטת שם, וממנה היו מתים שם וגם על האיש שבתי שאנו דנין עליו, נכתב במכתב של פראנק שהיה חולה שני שבועות, א"כ לא מיקרי זה דבר, וכן נראה מדברי הגמ' (סנהדרין דף כ"ט ע"א) באיום העדים דאמר רבא אמרינן להו מפץ וחרב וחץ שנון איש עונה ברעהו עד שקר ופירש"י בעון עדות שקר דבר בא כו', הרי שהכתוב קורא לדבר חרב וחץ שנון שכל אלו המה ממיתים פתאום, וא"כ נראה שדבר נקרא הממית פתאום וכמו שהבאתי מדברי הב"י (בסי' תקע"ו באו"ח). — ומכל זה נראה בנ"ד הגם ששם שלט החולי

ימלט

יעלע פיבער אשר היה מסוכנת מאוד, מ"מ לא מיקרי זה דבר ובפרט שמחולי הנ"ל ר"ל היו המתים בערך שמינית מן החולים שם בחולי הזה, [וכפי שנשלח לנו גליון מכ"ע אחד בינא שם באותו היום שמת שבתי הנזכר ונכתב שם שעד זמן זה היו חולים בס"ה 1464, ומתים היו עד יום הנ"ל 185 ובאותו היום היו חולים 1·1 ומתים 15] וא"כ הוה זה כחולי ממש, שרוב חולים לחיים, ומה שמלינו בנוסחי התפלות המסודרים לנו מקדמונים דבר ומגפה, נלענ"ד לומר שדבר הוא כאשר מתפשט זה ברבים, וכשיעור שנבלו חז"ל לת"ק רגלי אחד ביום, ובמגפה נכלל גם בפחות מזה כאשר מתים בחולי יום אחד מקרי זה מכת המגפה, ומעתה אין לחוש בכ"ד להצריך קברתיו, ולבד זה אין לחוש בכ"ד להצריך קברתיו לחוש שאמרו בדדמי, כיון שנכנס בהפאליליע והחזיקוהו שם במת ובודאי דייקי ולא אמרי בדדמי, וכמובא בפ"ת (ס"ק י"ג) בשם ישועות יעקב באחד שנלקח בלבא הקיר"ה ובא כתב כו' שנהרג שם וכן הובא בח"ס בג' מקומות שסמך על הערכאות אלא שבעובדא דהח"ס לא היה במלחמה, אך מעובדא דישועות יעקב נראה דהוה במלחמה (וגוף הספר אין בידי), ובנ"ד עדיף כיון שנכתב במכתב של מאקס פראנק שמת בהאספיטאל, ושם בודאי נכתבו המתים ומשם מוליכים לקבורה וא"כ אין מקום לחשש בדדמי, כן נראה לענ"ד:

ו) **ועתה** נכוא לעיין מלד מה שכתב אברהם בן ישראל יוסף גאלדשטיין לאביו שילך להרב ויגיד בזה"ל „אז מיר זאגין אז שעבתי איז ניט געשטארבין ער איז גאר אוועק נאך דיא טעקסעס" כו', ואביו הנ"ל כשהביא לידינו מכתב זה גזרנו עליו שיביא עוד מכתביו הקדומים, והמה באותו הכתב ממש של הערעור ושם נמלא בשני המכתבים הקדומים שממילא דרך סיפורי דבריו שמת שבתי הנ"ל, הייט במכתב הראשון מן 1 יאנוואר המועתק בקונטרס הגב"ע שם דבר הרבה אודותו ובמכתב השני מן 3 יאנוואר הזכיר בקלרה בזה"ל אז ער וואלט גילעבט כו' ושם ניכר שיש לו כעס על המת ועל אשתו ובשני המכתבים היה מסל"ת שלא כיון להעיד רק כתב דרך סיפור דברים:

ומעתה יש לדון על מכתב הערעור מלד שני דברים, חדא אם בטלים דבריו מחמת שמקודם כתב בעצמו שמת וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ועוד שיש הרבה מעידים על מיתתו ואין דבריו של אחד במקום שנים. והנה מלד שכתב מקודם שמת תליא זה באשלי רברבי, הנה הר"ן בתשו' (סי' פ"ז) כתב שאף שהגדתו מועלת חוץ לב"ד, מ"מ אם אמרו אח"כ מבודין היינו נאמנים, והובא זה (בח"מ ס"ק ל"ז) וכן הובא זה בב"ש (ס"ק כ"ג) אמנם מדברי השלטי גבורים (ריש פ' האשה שהלכה בשם ריא"ז) שכתב ואפי' אמר לה ע"א הולכת לב"ד ומותרת עלמה ע"פ אותו העד שהעיד לה, ואע"פ שהעד כופר אח"כ ואומר שאין יודע לך עדות, וא"כ מוכח שגם אם יאמר ששקר העיד מקודם ג"כ אין נאמן לבטל דבריו הראשונים, דאם נאמר שבאמת יוכל לחזור מדבריו הראשונים, והנא הטעם מפני שהוא מכחיש שלא אמר לה מקודם, א"כ היה לו להיות נאמן במיגו שהיה מודה לדבריה ואומר ששקר אמר לה, ולבד כל זה נראה לע"ד שגם לולא סברת המיגו ג"כ ראוי שיהיה נאמן, שהרי במכחישה ואומר שלא אמר לה וגם אין יודע מעדות זה, שני דברים נכללו בדבריו, מה שמכחישה ומה שחוזר ואומר שאין יודע מהעדות, ולכן גם שאין אנו מאמינים לו במה שאומר שלא אמר לה כיון שהיא אמרה משמו והותרה בב"ד, מ"מ נאמין לו במה שאומר שאין יודע עדות כיון שדבריו הראשונים לא נאמרו בב"ד, וא"כ מוכח דעת הש"ג שכל שמודה שאמר מקודם ועתה חוזר מדבריו אין נאמן, משום כיון שמועילים להתיר הוה בכלל חוזר ומגיד:

מיהו לפ"ז יקשה לנו דברי הח"מ שכתב שם שאם שני עדים אמרו מפי עד אחד אין נאמן להכחישם, ובאומר שקר העדתי דעת החלקת מחוקק נוטה דנאמן לומר לפי שיטת הר"ן, וא"כ גם שמכחיש שני עדים נהי שאין נאמן לומר שלא אמר להם, מ"מ נאמין לו בזה שבכלל דבריו הוא שאין יודע מהעדות ובזה אינו מוכחש משני העדים דהא יכול להיות ששקר אמר לפניהם, וא"כ נראין הדברים שכל שמוכחש על עדותו במה שאמר לפניהם והוא אומר שלא אמר, אין נאמן גם בזה שעתה הוא אומר שאין יודע העדות כיון שמקודם אמר לפניהם שיודע מהעדות, והוא כענין עדות שבטלה מקלתה בטלה כולה, ואע"ג דאנן קיי"ל לדינא כרב נחמן דאמר (ב"ב ל"א) אאכילה דאתכחיש אתכחיש ואאבהתא לא אתכחיש, יש לומר ע"ז ה"מ גבי הכחשה דהתם דהוה תרי לגבי תרי שלא הוחלט העדות לשקר, אבל גבי אחד המוכחש משנים כיון שנתבטלה העדות במה שאומר שלא אמר לפניהם לגמרי, כן מתבטל ג"כ מה שאומר שאין יודע מהעדות, וא"כ לכאורה נסתר מה שהוכחתי בשיטת ריא"ז שאין נאמן לומר שקר העדתי שיש לומר שאין ה"נ דנאמן לומר שקר העדתי, אבל אין נאמן להכחיש העד אחד במה שאומר בשמו שהגיד העדות והותרה על ידו, וממילא בטלה מה שבכלל עדותו שאין יודע מהעדות מטעם עדות שבטלה מקלתה, ואין לומר דחד לגבי חד אין שייך לומר עדות שבטלה מקלתה, וכמו דקיי"ל כרב נחמן גבי תרי לגבי תרי שהבאנו לעיל, ז"א, כיון שהתירוה על ידו של המעיד בשמו שאמר כן לפניו ונתקבלה העדות של עד השני חשיב כשנים, ואין נאמן הראשון להכחישו וממילא נחשב כחד לגבי תרי במה שמכחיש להשני, וא"כ שפיר יש לומר שנחשב לענין מה שנכלל בדבריו שאין יודע מהעדות, עדות שבטלה מקלתה בטלה כולה, מ"מ פשטות דברי הריא"ז מראין, שדעתו גם באומר שקר העדתי ואין אני יודע מהעדות לאוד וזה לא היה מכחיש שאמר להשני, ג"כ אין נאמן הראשון לאחר שהותרה להנשא, וכן כתב הגאון ר"ע איגר (תשו' סי' ק"ג) שדעת הריא"ז, שכל שאמר דבר שנאמן ע"פ דין בעדותו גם שלא בב"ד אין חוזר ומגיד, וכן ממה שהריא"ז מביא ראיה (משבועות ל"ב ב') ג"כ מוכח שגם אם היה אומר אין יודע לך עדות לאוד ג"כ אין נאמן, דאל"כ למה לריך לאוקמי משביע ע"א כגון שלא אמר לדידה, הא אפי' אמר לדידה משכחת לה באומר אין יודע לך עדות לאוד, מיהו יש לדחות ראיה זו דהגמ' לא נקט באופן זה משום דלא שכיח שיאמר על עצמו שקר אמרתי, מ"מ לאמתת הדבר המחוור בכוונת ד' הריא"ז הוא כמו שנוטה ד' הגאון ר"ע איגר ז"ל, שלדעת הריא"ז אין נאמן לומר שקר העדתי מטעם שאין חוזר ומגיד:

ז) **אולם** אם לא התירוה להנשא יש לעיין היאך הוא הדין לפי שיטת הריא"ז באומר שקר העדתי מה שאמרתי לפני העד, אם אנו אומרים אף בזה שאין חוזר ומגיד, מיהו כל שאמר לפני עד אחד והוא הגיד בשמו, יש לומר שקודם שהתירוה להנשא יש להעד הראשון להיות נאמן לומר שקר העדתי במיגו דאי בעי אמר לא אמרתי כלל להעד השני, דהא אז היה נאמן מלד דהוה הכחשה חד לגבי חד שקודם שהותרה להנשא אין יכולה להנשא וגם אם נשאת תלא, כדאיתא בשו"ע אה"ע (סי' י"ז סעי' ל"ז), אמנם כשאין שם מיגו כגון שהראשון הגיד ע"פ כתבו וכתבו מונח לפנינו בב"ד, או שהגיד לפני שנים שאין יכול להכחישם ואין לו מיגו, אין יכול לומר שקר העדתי מטעם שאין חוזר ומגיד, וכן כתב מפורש הגאון רע"א בתשו' (סי' ק"ג) ד"ה אמנם שבלא התירוה להנשא יכול הראשון לומר שקר העדתי מטעם מיגו שיכול להכחישו, אבל לולא זה אין נאמן מטעם שאין חוזר ומגיד, וכן כתב הס"ש (שמעתא ז' פ"ג) דלשיטת הריא"ז גם בלא התירוה להנשא ג"כ אין חוזר ומגיד, רק שהס"ש נוטה לומר

לדעת

כדעת הריא"ז שגם בלא התירוה להגשא אין נאמן להכחיש גם לעד אחד האומר בשמו יעו"ש :

הן אמת שלעניות דעתי (שלע"ד) יש לדון בדבר זה , שאולי מה שסובר הריא"ז שאין יכול העד הראשון שאמר שלא בב"ד שמת להיות חוזר ומגיד , הוא דוקא במקום שהתירוה להנשא ומתרי טעמי נימא הכי , א) אפשר יש לומר שאימתי אין חוזר ומגיד על הגדתו שאמר חוץ לב"ד , כאשר נגמר ענין הגדתו היינו שהתירוה להנשא ע"י העדות שהועד בשמו , אבל כל שלא התירוה להנשא ע"י זה לא מיקרי נגמר הגדתו ויכול להיות חוזר ומגיד , וכעין זה מצאתי להר"ן בתשו' (בסי' ל"ד) וז"ל , כל שנגמרה עדותו קרוי שהגיד , וכתב שם לענין דיני ממונות שאין צריך חקירה ודרישה שכיון שנגמרה עדותו ואין אנו צריכים עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אין חוזר ומגיד , ויעוש"ה בדבריו שכתב שהאי עד שלא נחקרה עדותן שנאמר בברייתא הוא רק במקום דבעי חקירה , אבל כל זמן שלא התירוה להנשא ולא נאמרו דבריו לפני ב"ד ע"י האחר מיקרי לא נגמרה עדותו , הגם שהחלקת מחוקק (בס"ק י"ז הנ"ל) כתב שאין סברא לחלק דמה תועיל עדות של העד השני שלא יוכל הראשון לחזור מדבריו כו' , מ"מ לפי מה שהבאתי מלשון הר"ן בתשובה (סי' ל"ד) שפיר יש מקום לומר כן . ב) יש לומר דאה"נ שיסבור הריא"ז שכל שהאמירה היה חוץ לב"ד גם במקום שאין צריך להגיד בב"ד מ"מ יכול לומר מבודה הייתי , וכשיטת הר"ן בתשו' (סי' מ"ז) , אך זה יסבור הריא"ז שהאמירה האחרונה אין מבטלת לגמרי את האמירה הראשונה , אך חשיב האמירה השניה נגד הראשונה כחד לגבי חד והוה ספיקא איזה אמת אם הגדה הראשונה או הגדה השניה , וכל שהגדה הראשונה נגמרה בהיתר שהתירוה להנשא יש להאמירה ההיא דין שנים ואין יכול להכחישה ע"א היינו האמירה השניה :

ח) **אמנם** באמת מש"כ באופן הא' אין נראה לומר כן שכל זמן שלא התירוה להנשא מיקרי לא נגמר העדות ויכול לומר מבודה הייתי , כיון דלא מיחסר אלא בעלם עדותו מעשה , ודמיון ראיה נראה לענ"ד להביא מהא דכתובות (י"ח ע"ב) דעדים שאין כתב ידן יוצא ממקום אחר ואומרים כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו , שאין נאמנים לומר רק אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים , משום כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד ואף דהעדות לא נגמרה עד שמתקימים העדות בב"ד . — והנה שם בגמ' ללישנא קמא דאמר רמי בר חמא ל"ש אלא אם אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אבל אם אמרו אנוסים היינו מחמת נפשות הרי אלו נאמנים , ופריך רבא ע"ז כל כמיניה כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד כו' , ואם נאמר שכל זמן שלא נגמר הדבר גם שלא יחסר להעד גופא לומר רק נצרך לאחר לגמור הדבר מקרי לא נגמר העדות , הא מלי הגמ' לשנויי דמיירי רמי ב"ח כשאפשר לקיים ממקום אחר והעדים אומרים בעת מעשה שמוכנים אחרים לקיים כתב ידן ועדיין לא קיימוהו , ואז אומרים אנוסים היינו מחמת נפשות ולפי שעדיין לא נגמר עדותן שצריך קיום לכן לא נחשבים חוזר ומגיד , הלא מוכח מזה שכיון שהעדים גופייהו אין נצרכים לומר עדותן רק שאפשר לקיים כתב ידן ע"י אחרים , אמרינן בזה כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד אף באנוסים מחמת נפשות שיש להם אמתלא טובה על מה שחתמו מקודם , וא"כ ה"נ בעד מפי עד בעדות אשה כיון שהעד הראשון אין צריך לבוא לב"ד רק השני , מיקרי נגמר עדותו ואין חוזר ומגיד , וא"כ מסתברא שפיר בשיטת הריא"ז שגם קודם שהתירוה להנשא אין חוזר ומגיד לומר שקר העדתי , אך אפשר שנאמר כפי האופן השני שכתבתי בד' הריא"ז , שקודם שהתירוה להנשא מיקרי שני העדיות כחד לגבי חד וכמש"כ מקודם :

אמנם שיטת הר"ן בתשובה (סי' מ"ז) שכל שאומר חוץ לב"ד הגם שנאמן בעדותו ואין צריך להעיד בב"ד , מ"מ יכול לומר אח"כ מבודה הייתי כיון שלא אמר זה בב"ד , ולענ"ד ל"ע ע"ז מהא דאיתא ב"ב (דף קכ"ז ע"ב) אמר ר' יוחנן אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אין נאמן , עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא נאמן דמשמש לי כעבדא קאמר , מיתיבי היה משמשו כבן כו' היה משמשו כעבד ואמר עבדי הוא וחזר ואמר בני אין נאמן , אמר רב נחמן בר יצחק דקרי ליה עבדא מילר מאה , הרי אנו רואין שגם על אמירתו חוץ לב"ד אם שאין לנו להשוות שני האמירות שלו אין אנו מבטלים את אמירתו הראשונה מפני השניה , ולפי שיטת הר"ן היה לנו לילך אחר השניה כיון שאמירתו הראשונה היה חוץ לב"ד , ואין לומר דהתם שאני לפי שהתורה נתנה לאביו נאמנות בקרא דיכיר ולכן אמרינן בזה כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד גם באמירתו חוץ לב"ד , וכמו שפירש שם רשב"ם בדבריו וז"ל שם בד"ה נאמן „הואיל וזאת האחרונה אין פירוש כ"א הכחשה אין לנו לילך אחר טענה האחרונה דהודאת פיו האמינה התורה במאי דאמר בני הוא כדכתיב יכיר וכיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד" עכ"ל , ז"א , חדא דהא בסיפא באומר עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא דנאמן , משום דמשמש ליה כעבדא קאמר , ולולא זה אם לא היה מקום לפרש כן לא היה נאמן לומר בני הוא לבטל דבריו הראשונים ולומר ששקר אמר בתחלה , ושם אין שייך לומר שהתורה האמינתו במאי דאמר עבדי הוא , שרק ממילא הוא מבטל לאמירתו שלאח"כ שאמר בני הוא שהרי אמר מקודם שאינו בנו , א"ו בכל שדבריו מועילים גם באמירתו חוץ לב"ד אין חוזר ומגיד לבטל דבריו הראשונים , כל שאי אפשר לומר שלא יהיו סותרים זה את זה :

ט) **ובאמת** דברי הרשב"ם בלא"ה צריך עיון לי , היאך כתב שהודאת פיו האמינה התורה במאי דאמר בני הוא מדכתיב יכיר , הא לקמן (דף קל"ז ב') פירש רשב"ם בפירוש בד"ה ליורשו , שאין נאמן לומר בני הוא רק בנכסים שיש לו עכשיו מטעם מיגו דאי בעי יהיב ליה , והא דדרשינן יכיר בשלריך היכירא הוא דוקא גבי ענין בכורה , ומצאתי שעמד ע"ז (הגאון מהרש"א בהגהותיו בדף קכ"ו ע"ב) בסתירת דברי הרשב"ם הנ"ל , ותירץ הוא דבדף קל"ז כתב רשב"ם זה אליבא דרבנן , אבל לר' יהודה נאמן גם על בני הוא מדכתיב יכיר , ושם בדף (קכ"ז ב') יהיה אליבא דר' יהודה דקיי"ל כותיה , ולענ"ד ל"ע דבריו דהא התם בעל המימרא הוא ר' יוחנן ור' יוחנן פסק לקמן (קכ"ח ע"ב) , דאינו נאמן כרבנן , ומחמת חומר הקושיא על דברי רשב"ם שלא יסתרו דבריו זא"ז , נראה לענ"ד לומר אשר כוונת רשב"ם שהודאת פיו האמינה התורה במאי דאמר בני הוא , הוא מטעם מיגו דאי בעי יהיב ליה במתנה , ומה שאמר כדכתיב יכיר פירושו הוא שזה שנאמן בדבריו לומר בני הוא הוא דין אחד כמו דדרשינן מקרא דיכיר , וכונתו שלא נאמר שדוקא בענין הנאמנות מקרא שפיר אנו אומרים כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד , משא"כ היכא שנאמנותו הוא מטעם מיגו דאי בעי יהיב במתנה , בזה לא אמרינן כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד , וע"כ דייק ע"ז הרשב"ם כדכתיב יכיר , וכוונת דבריו מדפריך הגמ' לקמן יכיר למה לי משמע שדין אחד הוא לענין נכסים שיש לו אז , בין אם הנאמנות הוא מדכתיב יכיר ובין אם הנאמנות הוא מטעם מיגו , דאם יש חילוק בין זה לזה לענין חוזר ומגיד לא הוה להגמ' למיפרך יכיר למה לי , ואף שהוא קצת דרך רחוק להעמיד זה בכוונת דברי הרשב"ם , מ"מ מגד חומר הקושיא בסתירת דבריו נראה לענ"ד לומר כן בכוונת ד' הרשב"ם :

י) **והנה** היוצא לנו מסוגיא הנ"ל דב"ב שכל היכא שנאמן בדבריו גם באמירתו חוץ לב"ד אין חוזר ומגיד לומר

לומר שדבריו הראשונים אינם אמת, וא"כ יקשה על הר"ן בתשובה (סי' מ"ז) הנ"ל. ונראה לע"ד שטעמו של הר"ן בשיטתו שיכול לומר על אמירתו שחוץ לב"ד מבודה הייתי והולכין אחר אמירתו האחרונה, הוא משום שמגלה בזה שאמירתו הראשונה לפי שאמר חוץ לב"ד היה שלא בדקדוק, וכלשונו של הר"ן שם בתשובה „לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב"ד" הגם שאנו דנין בעדות אשה להתיר ע"פ אמירתו חוץ לב"ד, ואין אנו צריכים לחזור ולדרוש ממנו וכדמוכח משבועות (ל"ב ע"ב) ואין אנו חוששים שמא אמר זה שלא בדקדוק, מ"מ כל שחוזר אח"כ ואומר שדבריו הראשונים לא כן הוא אנו תולין שאמר דבריו הראשונים שלא בדקדוק, משא"כ באמר בני הוא וכן באומר עבדא מילר מאה, שבזה אנן סהדי שאין אדם אומר על עבדו שהוא בנו וכן אנן סהדי שאין אדם קורא לבנו עבדא מילר מאה, ואין מקום לתלות שלא אמר דבריו הראשונים לנכון ולכן אין מועיל חזרתו, משא"כ בענין עדות על אחר הגם שנאמן על זה גם שלא אומר בב"ד, מ"מ כשחוזר מעדותו אח"כ, אז תולין שעדות הראשונה היה שלא בדקדוק, הגם שאין אנו חוששים לזה לכתחלה, מ"מ כיון ששינה מדבורו אח"כ חוששים ותולין שדבריו שאמר חוץ לב"ד אינם נכונים. ומ"מ מחוור הדבר לומר שכל שנאמן בדבריו שאמרן חוץ לב"ד הגם שלשיטת הר"ן אין בזה משום חוזר ומגיד, מ"מ נראה לענ"ד דבעינן שיאמר אמתלא מדוע אמר שקר בתחלה, וכמו שמצינו בכתובות (דף כ"ב א') גבי אמרה מקודשת אני וכן באמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני, ובזה חלוק מדין עדות בב"ד שאם גם אמתלא אין מועיל לחזור ולהגיד כדאיתא בסנהדרין (מ"ה ב') ואין לך אמתלא גדולה יותר מהאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות, ואפ"ה אין נאמנים בשכתב ידן יוצא ממקום אחר משום שאין חוזר ומגיד, ובאמת כל ראייתו של הר"ן הנ"ל בתשובה (סי' מ"ז) הנ"ל הוא מברייתא, דאיתא שם העדים שהעידו בין לטמא בין לטהר, בין לרחק בין לקרב, בין לאסור בין להתיר, בין לזכות בין לחייב, אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין אנו נאמנים כו', וכלל כאן כל עדות אף אותן שאין צריכים ב"ד שהרי שנינו בין לאסור בין להתיר ואפ"ה אמרינן כל שלא נחקרה עדותן בב"ד יכולים לומר מבודין היינו. והנה בברייתא קתני בין לאסור, ובמקום שאמרו לאסור ודאי שצריך אמתלא, וכמו שמצינו באמרה טמאה אני, וא"כ נוכל לומר שבעדות אשה שאמר שלא בב"ד שמת בעלה ואח"כ חזר בו ואמר שלא מת צריך אמתלא לומר מדוע אמר מקודם שקר, ובלא אמתלא לא יהיה נאמן לשנות דבריו הראשונים. אמנם באמת אין ראיה מהא דטמאה אני דבעי אמתלא, שיש לומר שבאמת לענין השינוי מן הדברים שאמר מקודם לענין עדות על אחר הן לאיסור וכדומה במקום שמועיל אמירה של אחר, כל שאמר מתחלה שלא בב"ד ואח"כ חזר ואמר ששקר אמר מתחלה מהני גם בלא אמתלא, ויכול לומר מבודה אני פירושו שמתחלה היה בדאי ואמר שקר ורק עתה אומר אמת, רק בהא דטמאה אני ובהא דמקודשת אני שיש על האומר דינא דשויא אנפשא חתיכא דאיסורא, בהא בעינן אמתלא להסר מעליו החתיכה דאיסורא שעשה על עצמו, אבל לענין עדות אין שייך זה לגבי אחר, ולכן כל שחזר בו מהני גם בלא אמתלא, ובאמת כן משמע דעת הר"ן מדבריו שם בתשובה הנ"ל ד"ה ובודאי, שמשמע שגם בלא אמתלא יכול לומר מבודה הייתי, ומ"ה מסתברא לענ"ד שבזה יהיה חלוק בכל מקום שאומר מבודה הייתי בין אם אומר אמתלא בין אין אומר אמתלא, היינו שכל שאומר אמתלא מחשיב את האמירה אחרונה לעיקר ומבטל הראשונה לגמרי, שהרי רואין אנו ששמואל שאל מרב, לבד ענין החתיכה דאיסורא שעליה שצריכה אמתלא שגם לגבי דידיה בעי אמתלא, והוא מדקאמר הגמ' ואפ"ה לא עבד עובדא בנפשיה, ואם היינו אומרים שלענין עדות אין צריך אמתלא ויכולה לחזור על נאמנות שלה מה שלא אמרה לפני ב"ד רק מלד שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא, למה החמיר על עצמו, הלא כל האיסור אין שייך רק עליה ולא עליו כי אללו אף אמתלא לא צריך, ומדקאמר בתר דאמר לנו רב אף בזו אם נתנה אמתלא נאמנת, משמע דשמואל שאל לרב גם על עצמו אם מהימנא בדבריה האחרונים, אם יש בזה כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, משום דהתורה האמינתה במה דאמר רחמנא וספרה לה וכי היכי דמהימנא להיתירא ה"ה לאיסורא, דבאמת לענין שויא אנפשה חתיכה דאיסורא אם מהני אמתלא, הלא שפיר מצינן למידק אם באשת איש מהני אמתלא כש"כ באיסור נדה, אלא נראה לומר דס"ד לומר שבנדה נאמנות שלה הוא לבד שויא אנפשה חתיכה דאיסורא, שהלא גם להקל היא נאמנת מלד גזיה"כ וספרה לה, וס"ד שחשיב כמו עדות הגדתה ואין חוזרת ומגדת, ע"ז קאמר שגם בזו מועיל אמתלא, ועל זה לא עבד שמואל עובדא בנפשיה, וכן מצאתי להשב שמעתתא (שמעתא ו' פ"ח) שביאר כן דברי הגמ' הנ"ל, וכיון שביארנו שגם לענין הגדה לגבי אחר במקום שמהימן באיסורין גם באומר חוץ לב"ד, אם חוזר בו צריך אמתלא, ובלא אמתלא אין נאמן בדבריו האחרונים לעקור דבריו הראשונים, כי היכי שמצינו גבי איסורים, וא"כ הלא מסתבר שכל שמשנה דבריו הקדומים שצריך אמתלא ובלא אמתלא אין יכול לשנות מה שאמר מקודם. — מיהו יש לומר דהני מילי דבעי אמתלא הוא דוקא במקום שדבריו הראשונים המה להחמיר, בזה חוששים לדבריו הראשונים כל שלא אמר אמתלא, אבל במקום שדבריו הראשונים שאמר חוץ לב"ד הם להקל ודבריו השניים היה להחמיר, אפשר שגם בלא אמתלא חוששים לדבריו השניים ג"כ, אך הראיה שהביא הר"ן מהתוספתא א"א להוכיח מינה להחמיר בלא אמתלא, דהא הברייתא סתמא קתני ולא חלק אם הוא להתיר מה שאומר מבודה או להקל, והיכא שהוא להקל ודאי שצריך אמתלא, א"כ יכול להיות שגם אם הוא להחמיר ג"כ צריך אמתלא. — אך גם אם נאמר שלהחמיר בדבריו השניים אין צריך אמתלא, מ"מ לא יהיה העדות רק ספק, אם עדותו הראשונה אמת או עדותו השניה, ובהצטרף עוד איזה עדות אף אחד יחשב עדותו השניה כחד לגבי תרי, דקיי"ל גבי עדות אשה הלך אחר רוב דעות גם בפסולי עדות:

יא) **ואחרי** כל האמור נשוב לנ"ד על דברי הערעור שכתב הבחור אברהם בן ישראל יוסף הנזכר בקונטרס הגב"ע בזה"ל „אז איר זאלט אזוי גוט זיין אוועק געבן לוס רב און עס זאגין אז מיר זאגין אז שעבתי איז ניט געשטארבין דאס האט מען אויס געטראכט אז: ער איז געשטארבין" הנה יש לדון על אמירתו כדין עד פסול לכל העדיות רק לעדות אשה, דהא מן הדין בכל העדיות מפיהם ולא מפי כתבם, רק בעדות אשה דאקילו בה רבנן וא"כ קיי"ל בפסולין הלך אחר רוב דעות ויש לנו הרבה המכחישים דבריו, הוא ר' ליב ב"ר יהושע אחי המנוח הנ"ל ור' יעקב טארלינסקי שכתב מפורש במכתבו המועתק בגב"ע שכתב בזה"ל „אז מיר אלע ווייסין אז שבתי בהאלטרעמאנסקי איז געשטארבין [וזה אנו יודעים שכיון על שבתי זה שאנו דנין שהרי ניכר מתוך מכתבו שכתב שהראה לו ר' ליב ב"ר יהושע מכתב שאברהם גאלד שטיין כתב אלי כו'] ומו"ה מרדכי הנקרא מאקס פראנק ועוד כל העדים ששמעו מפי כמה אנשים שם שהגידו לפנינו בתו"ע המוזכר בקונטרס הגב"ע, וקיי"ל בפסולי עדות הלך אחר רוב דיעות וכמבואר (בסי' י"ז סעי' ד') ותנשא לכתחלה:

אלא שיש לחוש לשיטת ר"ת המובא בתוס' כתובות (כ' ע"ב) שיכול לשלוח כתב ידו לב"ד כיון שזוכר העדות וביבמות (ל"א ב') ד"ה דחזו, דלא ממעטינן מקרא דמפיהם ולא מפי כתבם רק אלם שאין ראוי להגיד, וא"כ כיון שהוא שלח מכתבו לב"ד יש לו דין עד כשר, ואין לנו רק כל הני

עדים

עדים שאין כשרים לשארי עדות שהמה עד מפי עד וגם כולם העידו בשם אנשים שהשיאו לפי תומם שלא כוונו להעיד, ורק מו"ה ליב ב"ר יהושע כיון להעיד על מיתת אחיו בשלחו לפני ב"ד מכתבו, ויש לדון עליו אם יש לו דין עד כשר או דין עד פסול מחמת שהוא קרוב להמת שהוא אחיו הגם שבאותה העדות שהוא מעיד שמת לגבי האשה הוא קרוב ונתרחק, ונמצא מיתתו של אחיו והתרחקותו באים כאחד בעדותו, מ"מ יש לו דין עד פסול שהרי ע"פ עדותו שתהיה מותרת להנשא תקח כתובתה וזה נוגע לקרוביו הוא בן אחיו, וא"כ לא נשאר לנו עד כשר רק יעקב בן יוסף טארלינסקי שהוא כיון להעיד בכתבו ששלח לב"ד דפה להעיד שהוא מכחישו, ועפ"ז יש לנו שתי ריעותות חדא שאין מקוים לנו כת"י כ"א ע"י הקרוב הפסול להעיד מה"ת, שנית, שהוא רק חד לגבי חד ועוד קרובים מסייעים לו ובכגון זה מסתפק רע"א בהגהותיו באה"ע (סי' י"ז סעיף ל"ז) אם עד כשר וגם אשה מעידים שמת ועד כשר אומר לא מת, צ"ע לדינא אם נימא כיון שעדים המכחישים זא"ז הם כשרים ממילא מסייע האשה לע"א שאומר שמת ונחשב רוב דעות, או דכללא הוא שא"א לדחות עד כשר אלא ע"י שני עדים כשרים, אבל בלא"ה הוה פלגא ופלגא ויעוש"ה בהגהותיו שם שנשאר בספק בדבר זה. — מ"מ לדינא נראה שאין לנו לחוש מטעם חשש שיטת ר"ת להחמיר על האשה העלובה הנ"ל, חדא דהא לעיקר דינא קיי"ל כשיטת רש"י והרמב"ם דקיי"ל מפיהם ולא מפי כתבם וא"כ יש לזה דין עד פסול שרק בעדות אשה כשר, וא"כ הולכין אחר רוב דיעות המעידים שמת וכן כתב רש"ל ביש"ש (פ' ד' אחים סי' י"ג), שנית, כתב רש"ל שמנהג שנהגו לשלוח כת"י של העדים שזה רק בדיני ממונות מצד תקנתא, אבל במקום איסור כגון לעדות אשה שזינתה וכדומה אין לנו לדון ע"פ הכתב, וכן הרשב"א הכריע ג"כ דעדות שבכתב אין כשר אף היכא שראוים להעיד בע"פ כאשר כתב (בסי' אלף ר"ט) ולשיטת ר"ת יש להסתפק אולי הדין כשיטת ריא"ז שאמרינן גם בעדות שהעיד שלא בפני ב"ד ועד מפי עד כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד ובטלה העדות האחרונה לגמרי:

יב) **ולבד** זה בעיקר הערעור א"א לתת לו דין עד כשר דהא במכתבו של המערער הוא אברהם בן ישראל יוסף המוזכר בגב"ע לא נכתב שם שראהו חי וגם לא הוזכר ששמע מן אחד שראהו חי, רק שכתב בזה"ל „מיר זאגין אז ער איז ניט געשטארבין" ניכר הלשון במשמעותו שמצד האומדנא אומר כן ובאמצע מכתבו כתב „מען זאל זיך ניט מאכין גרינג ווארום מען ווייס ניט צוא ער לעבט צוא ער איז געשטארבין" הרי נכתב שספק הוא אצלו אם חי הוא או מת ובסוף מכתבו כתב בזה"ל, „און מען האט איהם גילייגט צוא וויסין א"י, ווען ער וואלט געוועזן א איד וואלט מען עס אויך גילייגט צוא וויסין אידין, נאר דאס איז ניט ער נאר א א"י אבער ניט ער" ניכר ג"כ שחוזר לומר מצד האומדנא וכיון שכן אין לו דין עד כשר כלל רק גרוע מן עד מפי עד ולכל היותר אין לו רק דין עד מפי עד לפי אמירתו, גם אם היה אומר באמת זאת ע"י איזה בירור וידיעה שהוגד לו, דזאת ידענו שבאותו היום שנכתב עליו שמת שהוא יום א' דסוכות שהוא 20 סעפטעמבער למספר של חו"ל לא היה אז הכותב המערער הנ"ל שם, רק רחוק היה משם,

וא"כ כשיש הרבה מכחישים אותו גם שאין עדותן כשרה רק בעדות אשה, הוא העד מאקס פראנק שכתב בלשון ברור שמת, וכן העד יעקב טארלינסקי, וכן גיסה של האשה מו"ה ליב שכתב שזה נודע לו ברור, מלתא דפשיטא שכגון זה הוא הדין דהלך אחר רוב דיעות, ומה שהשכים אין מקוים לנו מכתבם זה אין מרע לנו, חדא שבשעת הדחק סמכינן גם על כתב שאין מקוים, וכמבואר בחלקת מחוקק (ס"ק כ"א) בתשובתו שם, שנית שר' ליב מקיים כתב ידם וכשנצטרף להם כל העדיות הנשמע מרחוק עד מפי עד כאשר נכתב בהגב"ע; ממילא מוכחש הוא בעדותו שכתב הערעור, וממילא נשארה עדותו הראשונה של אותו האיש גופו במה שכתב קודם במכתבו הראשון כל החשבון מן הסחורה של הנפטר שנמכר בקארט (הוא הפאליליא) ונכתב זה במכתבו שידוע לנו כת"י המועתק בגב"ע והחשבון מכוון ממש למש"כ מ' ליב אחיו של הנפטר מ' שבתי הנ"ל שניכו שם 50 טאלער ונשאר 58 טאלער כמבואר במכתבו של מו"ה ליב הנ"ל שהמה ניכו 50 טאלער עבור הוצאות „בעת ער איז גילעגין אוג נאך" והוא לא ביאר מהו „אוג נאך" אך הבחור אברהם הנ"ל ביאר במכתבו שהוא עבור קבורתו, וכיון שנכחש במה שכתב אח"כ במכתב הערעור וניכר הוא שכתב מצד שנאה בשקר, ממילא נשאר מש"כ במכתבו קודם, ומצטרף מכתבו הראשון שהיה שם מסל"ת לעדותו של ליב אחי הנפטר שבת' שכתב עליו שנקבר בין אין יהודים, וכן כתוב במכתבו הקדום של אברהם (שכתב אח"כ הערעור) שניכו מעות עבור קבורתו ויש כאן בעדותו המסל"ת שנקבר ג"כ, ובלא"ה ניכר הדבר מתוך מכתביו הקדומים שגדלה מאוד שנאתו על המנוח שבתי ועל האשה העלובה הנ"ל וכבר כתב רש"ל (בתשובה סי' נ"ג) לסניף דשונא גמור שהוא פסול לעדות היינו שונא גמור שהוא כאחד מן הרודפים ומבקש להתנקם ממנו עכ"ל *), ובנ"ד שהוא הבחור אברהם כתב במכתביו הקדומים שאם היה שבתי בחיים היה הורגו בשוק ולא היה מביט על מה שהוא היה נהרג ג"כ, רק שנקמתו היה לוקח מאתו ובמכתבו השני שפך חמתו גם עליה, וא"כ על עדותו השניה הוא הערעור יש לדון ע"ז בלאו הכי, ובפרט שלשיטת ריא"ז מן הדין אין חוזר ומגיד, ואף לשיטת הר"ן יש לומר כיון שלא הוזכר במכתבו שכתב הערעור שום דבר ממש"כ במכתביו הקדומים שמת ולומר שהשיג ידיעה שלא מת, ואם היה באמת אצלו איזה ידיעה חדשה שלא מת היה כותב זה, ומסייע כל זה להראות לנו שמחמת שנאה כותב זאת. — וא"כ נחזור לענין נ"ד שלא מיבעיא אם בעדות אשה לא בעי קיום, א"כ הרי יש לנו עדים המכחישים למערער הוא מכתבו של מאקס פראנק ומכתבו של יעקב ב"ר יוסף טארלינסקי, שכתב מפורש להכחיש את כותב הערעור שיודע בבירור שכתב זאת מחמת שנאה, ויודע בבירור שמת וכבר כתב החלקת מחוקק (ס"ק כ"א) בתשובתו שם שבשעת הדחק אין צריך קיום, ואף למאן דסובר דבעי קיום, כיון שהוא מו"ה ליב הנ"ל שולח המכתבים והרי הוא מקיים אותם, חשוב כאלו הוא מעיד בשמם וגם מעיד בלעדם, וגם בזה דעת הב"ש (ס"ק קכ"ח) דאחד בשם רבים מהני להכחיש לאחד האומר בשם יחיד, וכיון שלא נזכר בדבריו שכתב לערער ששמע זאת מרבים ודאי דיועיל להכחישו, וכש"כ שבנ"ד עוד יש לנו עדות רבים המוזכרים בגב"ע ששמעו עליו שמת מפי רבים, ומכל הלין טעמי

*) הגה"ה עוד נראה לענ"ד שבענין הכחשה בעדות אשה גם החולקים על הרש"ל בשונא גמור יודו כאן, דניחזי אנן הני חמש נשים שאין מעידות על האשה שמת בעלה שחושבין אנו שמצד שנאתם לה יעיד שקר בכדי להכשיל אותה, ובכל העדיות אמרינן לא נחשדו ישראל על כך, מיהו יש לומר ע"ז שלענין נאמנות של ע"א ושל אשה שאני דחשבו גם לשונא שיעיד שקר, דהם אמרו שע"א נאמן והם אמרו שלא להאמין לשונא, אך הא קשיא דאמרינן ביבמות שבהכחשה חד לגבי חד אם צרה אומרת שלא מת לא מהימנינן לה וכאן הוא להקל הלא חד לגבי חד כשבאים בבת אחת מן הדין אסור, ואין אנו אומרים לא נחשדו ישראל, אלא מוכח מזה שבכל הכחשה בעדות אשה כל שאין כאן עדות גמורה שמה"ת אין ע"א נאמן, בזה אמרו חז"ל שעדות שונא אין כלום ולא יחשב הכחשתו לבטל העדות שמעיד להתירה, וה"נ בנ"ד כיון שאנו רואין שבשנאתו גדלה מאוד שכתב שהוא מבקש רעתם, פלאה דמסתברא שעד כזה לא יחשב הכחשתו שהוא רק אחד, לבטל העדות המועיל להתירה ודו"ק:

טעמי שכתבנו נראה לענ"ד שיש להתירה להאשה העלובה אשת המנוח מו"ה שבתי במו"ה יהושע נ"י באלטערמאנסקי מכבלי העיגון, ויש להתירה ע"פ ב"ד של שלשה כדין אשה הניתרת עפ"א מחמת שהוא ע"פ עדים עד מפי עד ומפי כתבם, ומחומר הנושא כתבתי כל זה להלכה, ולמעשה הלעתי כל הדברים לפני הגאון הגדול פאר דורינו מרן רבינו יצחק אלחנן זצ"ל אז בתחלת שנת תר"נ והסכים להיתירא של האשה הנ"ל, והתרנוה בב"ד של שלשה. ואחרי שהתרנוה להאשה הנ"ל באו אח"כ שני עדים שהיו שם באמעריקא בעת מיתתו והעידו שיודעים בבירור שמת באופן שאין בזה פקפוק וחשש, וכתבנו כל הנ"ל להתלמד במקום אחר :

סימן ד

כ"ח טבת שנת תרנ"ב באלטרומאנץ

כבוד הרה"ג הגאב"ד כו' .

ע"ד מה שנשאלתי מאת כת"ר באשה אחת שמת בעלה בלא בנים והניחה מעוברת ואחר ששה חדשים מהכרת עוברה ילדה ולד שנגמרו שערו וציפרניו וחי שמונה ימים ומת, ולבעלה יש אח באמעריקא ולא נודע מקומו, והאריך כת"ר בזה :

והנה קודם אעריך על דברי כת"ר שכתב בזה ואח"כ נבוא לדבר בזה לדינא בעזהי"ת, וכאשר כת"ר העריך דבריו על (תשו' הגאון רע"א סי' פ"ט) שמסכים להגאון מהר"י מליסא שהוכיח מסוגיא (יבמות ל"ז) דאין הכרה פחות משלשה חדשים, ותמה כת"ר על מה שהביא ראיה מרש"י ד"ה וזו „דאי הוכר עוברה לא מספקא לן" וע"ז הקשה כת"ר הא בזמן הש"ס היו יולדות לתשעה דוקא מלאים, א"כ אשה זו דמספקא לן במתניתין אם הוא בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון, ע"כ נתעברה קודם הז' חדשים שאנו מסתפקים להשני, שני חדשים קודם, ולפ"ז אם היה ניכר עוברה בכלות ג' חדשים להראשון הרי נכנס רק חודש אחד בספק עיבור משני, ובחודש אחד ודאי ליכא הכרה, אבל בשני חדשים מנ"ל דאין הכרה, עכ"ד כת"ר. — ובאמת לדק בהערה זו, מ"מ אמינא ליישב דברי הגאון רע"א שבאמת הא דאמרינן שבזמן הגמ' יולדת לט' אין יולדת למקוטעין לא מלתא פסיקא היא, דהא ר"י ס"ל (נדה ל"ח א') יולדת לט' ג"כ יולדת למקוטעין וכן הוא לשון הגמ' בכמה דוכתי „אפילו למ"ד יולדת לט' אין יולדת למקוטעין" משמע שרק יש מ"ד הכי, אבל לקושטא אין הכרעה בזה, וסתימת לשון המשנה ספק בן תשעה לראשון או בן ז' לאחרון מביא אשם תלוי, דקדק הגמ' שיהיה אתי אליבא דכו"ע גם למ"ד יולדת לט' יולדת ג"כ למקוטעין, וא"כ מה זה שהחליט דאי הוכר עוברה לא הוה מספקא לן, הא משכחת דהוכר עוברה לסוף שלשה חדשים לזמן שאנו חושבים על עיבור הראשון, ויהיו שני חדשים ג"כ בספיקא דעיבור שני וכגון שילדה לסוף חמשה חדשים ויום אחד מעת ההכרה של העובר, ובזה אין לנו הוכחה מההכרה דמלי להיות הכרה ג' חדשים מהראשון, וגם בערך שני חדשים מספיקא דעיבור שני, וא"כ שפיר מדקדק מזה שא"א להיות הכרה בשני חדשים :

גם במש"כ כת"ר להקשות על דברי הגאון רע"א במה שדחה ראית הגאון מהר"י ז"ל מליסא מפרכת הגמ' (יבמות מ"ב) ותמתין משהו, וכי מטו ג' חדשים לבדקה, והגאון רע"א דחה זה ע"פ דברי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א שפירשו הסוגיא דמיירי בלא שהה עמה בעלה הראשון רק יום אחד כו', וע"ז הקשה כת"ר אם מיירי בילדה לט' חסר הימים שהמתינה, וא"כ אין כאן רק חשש על השני שמא המתינה להתעבר עד שתהא זמן שבעה חדשים להאחרון, וא"כ אין להסתפק בהכרה שהיה בג' חדשים ע"י הבדיקה דפריך הגמ', דהא אין כאן רק חודש אחד להשני עכ"ד, ותמה אני על כת"ר הא זה גופא אמר הגאון רע"א בעצמו אח"כ בד"ה גם י"ל, שכיון שבעת שאין כאן רק חודש א' לספיקא דעיבור שני אין חשש, שבזה א"א שיוכר עוברה, ומה שלא חיישינן לשמא תלד לשבעה מעת שהיתה עם הראשון, ובזה יהיה הספק אם הוא מראשון והולד בן ז' חדשים שלמים או מהשני ויהיה ז' חדשים מקוטעים, וא"כ יהיה מוכרח להוכיח גם לשיטת הרמב"ן וההולכים בשיטתו שהגמ' מקשה היכא שלא שהתה עם הראשון רק יום אחד ונמשך אח"כ זמן מה שפירש, ותהיה מזה הוכחה ברורה שא"א להיות ההכרה שע"י הבדיקה בפחות מג' חדשים, נלענ"ד לומר בכוונת הגאון רע"א שבודאי לא נעלם ממנו דבר זה רק שסובר שמה שאנו חוששים לכתחלה על חשש הבחנה הוא רק שתהיה באמת יולדת לט' מראשון שכן הוא הרוב נשים, אך שאנו נסתפק שמא הוא בן ז' מהשני מלד סיבת מניעת ההכרה, שזה מוזדמן שתלא מן הרוב, אבל לכתחלה לחוש שמא תהיה יולדת לז' מהראשון ומחמת זה יהיה ספק על השני שמא ילדה לז' מקוטעין, לזה לא חיישינן לכתחלה שמא תלא מן לט', ובודאי תלד לט', ולכן ממילא בהכרת ג' חדשים עם הימים שהמתינה שני, שהרי ביולדת לתשעה מן הראשון לא יהיה לנו ספק רק שמא נתעברה אח"כ מהשני באופן שתהיה לזמן לידתה ז' חדשים, ובזה מועיל הבדיקה שהוחזקה מעוברת בג' חדשים להראשון, ועוד יש להטעים סברת הגאון רע"א שמה שלא חיישינן לשמא תלד לז' להראשון, ונסתפק גם להשני ליולדת למקוטעין ג"כ לז', משום דכיון שבין להראשון ובין להשני הוא רק יולדת לשבעה יש להעמידה בחזקת שלא נתעברה מהראשון, גם נאמר כאן נמלאה מעוברת וכאן נתעברה :

והנה למש"כ באופן הראשון שהחשש של הבחנה שאנו חוששים שמא מעוברת היא, אין אנו חוששין רק באופן שתהיה לידתה ע"פ הרוב שתהיה יולדת לט', ומה שאנו חוששין שמא לא יהיה ניכר עוברה לשליש ימיה הוא מפני שזהו מיעוטא דשכיח, או מפני שאשה מחפה עצמה שלא תתראה מעוברת למען יירש בנה, ומ"מ בדיעבד כשנתהוה אח"כ ספק אין אנו חוששים בזה ואומרים כיון שלא הוכר עוברה איתרע לה רובא. והנה נוכל לתרץ בזה קושית התוס' שם (דף ל"ז) בד"ה רוב היולדת, שהקשו שאכתי יכול לבוא לידי ספק גם בהמתנת ג' חדשים, שמא נקלט העיבור סוף שלשה ימים והיא תלד לט' חדשים וג' ימים שיש להסתפק גם על השני, ולמש"כ נוכל לומר שלזה לא חיישינן שמא לא נתעברה עד סוף ג' ימים כי רוב מתעברות בעת מעשה, וכן מלאתי בס' קרן אורה על יבמות, ומעתה נכונים המה דברי רבינו הגאון רע"א שהוכחה זו שאמרינן שא"א שתהיה הכרה בפחות מג' חדשים, הוא רק לשיטת רש"י דמיירי ששהתה עם בעלה משך זמן, שאז יש לחוש שמא נתעברה איזה זמן קודם מיתת בעלה או גירושיה, ותהיה באמת יולדת לט' וזה יהיה שבעה חדשים לנישואיה האחרונים, ומאי מהני בזה בדיקת ג' חדשים אחר מיתת בעלה כשתלד לסוף ז' חדשים מנישואי השני, אלא ודאי שבהכרה שבג' חדשים ממיתת בעלה, מתברר שאינו מן השני שא"א שתהיה מהשני ויהיה הכרה פחות משלשה חדשים שלימים וזהו כוונת הגאון רע"א כן נלע"ד. — ומש"כ כת"ר שכל זה אין מוכח כ"א בבדיקת דדין, אבל בהכרת עין אין הוכחה מפירש"י רק דליכא לספוקי בחודש אחד אבל בפחות משלשה חדשים אין הוכחה על הכרות עין, ולכאורה יהיה בזה הכרות עין נגד בדיקת דדיה דבר והיפוכו, שזה מוכח שהכרות עין מזדמן למיעוט

למיעוט שאין ניכר בג' חדשים, והכרת בדיקת דדיה אין מזדמן גם למיעוט שלא יהיה לסוף ג' חדשים, וכמוש"כ שם הגאון רע"א וכדמוכח מקושית הש"ס וכי מטו ג' חדשים לבדקה, וא"כ רואין אנו שהכרת העין מתאחר לפעמים נגד הכרת הבדיקה, ולהיפך נאמר שהכרת העין מקדים לפעמים קודם ג' חדשים מה שאין כן בהכרת בדיקה בדדיה, ומאין נאמר בלא הוכחה מהגמ', עכ"ז באמת הנני מודה בזה שהכרת העין יכול להיות לפעמים גם קודם זמן ג' חדשים, אך שאין זה הכרה ברורה, רק הכרה מדומיית וכאשר יתבאר אי"ה בדברינו להלן:

עוד כתב כת"ר להוכיח (מסוגיא דנדה ח' ע"ב) דאיתא שם וכמה הכרת העובר סומכוס משום ר"מ כו', והשתא אם גם ביולדת לט' יש הכרה פחות מג' חדשים מאי מהני דאזלינן בתר רוב נשים, ואם אזלינן בזה בתר רוב, כש"כ דאזלינן גבי חלילה בתר רוב עכ"ד. והנה מה שעשה חומר במעל"ע שבנדה שהוא רק מעלה בעלמא נגד איסור חששא גבי חלילה לא ידעתי מנין לו, ואדרבה מצינו שהקילו גבי זקנה שפסקה ג' עונות שדיה שעתה, ולא חיישינן שמא תראה עוד שני פעמים בהפסק ג' עונות בלא קביעת ווסת שאז היא נעשית מוחזקת בדמים, וגם שיתברר אח"כ איסורו, רק סמכו משום דשכיח שהפסק ג' עונות נעשית מסולקת דמים בעת הסמוך לזקנה ולא חיישינן שמא יתברר להיפך, וגם אין אומרים בזה שהוה דבר שיש לו מתירין להמתין לפי דבריו בשיטת רש"י, ואדרבה שם (דף פ' ע"ב) ד"ה הרי היא, כתב רש"י שאע"פ שמתברר אח"כ למפרע שאין זה סילוק דמים, מ"מ לא מטמאינן למפרע בטומאת מעל"ע משום דלא אחמור רבנן, וא"כ הכא שיש לנו רוב נשים יולדות לט' א' ודאי שאין לנו לחוש בחומרת מעל"ע שמא היא יולדת לז', גם מש"כ להחמיר מטעם יל"מ, לדעתי בענין רוב כזה שהיא מלד הסברא, (לא ע"י התערובות) מקילין תמיד גם ביל"מ, וכמו דמקילין בקטן וקטנה ליבם ואין חוששין שמא ימלא סרים או היא איילונית לרבנן דאזלי בתר רובא, גם שאפשר להמתין עד שיגדלו, *) וכן ראיה מגמ' (יבמות ל"ז ע"א) וא"ת הלך אחר רוב נשים ורוב נשים ולד מעליא ילדן, הגם שאפשר להמתין, ובאמת ודאי יש לסמוך על רוב נשים שיולדות לתשעה לענין מעל"ע שבנדה שלא נחוש להחמיר, וגם ספק שקול ראוי להקל במעל"ע שבנדה שהוא רק מעלה בעלמא, וכמו שמצינו במס' נדה (דף ד' ע"ב) „ואבע"א הכא בטומאה דרבנן" וע"כ מקלינן מספיקא, וע"כ א"א לומר לפרש הגמ' כמו שרלה כת"ר לומר שעיקר השיעור הוא ג' חדשים לענין דיה שעתה, רק ע"י הכרה של העובר מחזקינן שהיא מעוברת ג' חדשים, שבאופן זה ודאי לא היה לנו לחוש שמא היא יולדת לז', ובלא"ה א"א לפרש הגמ' כן דהא עיקר הדין של דיה שעתה במעוברת נאמרה ההלכה בשיעור של שלש חדשים, הא עיקר הדין נאמר במשנה משיודע עוברה וזה השיעור נאמר במעוברת לענין די' שעתה רק סומכוס אומר משום ר"מ שאימתי נקרא הכרת העובר, כי יש הכרה שאינה אמיתית, רק הכרה מדומיית, וע"ז אמר שג' חדשים נקרא הכרת העובר שזוהי הכרה ברורה, ומייתי ראיה מכתוב שנאמר ויהי כמשלש חדשים שאז נתודע שהיא הרה, ומקמי הכי א"א להתברר ההריון, וא"כ נ"מ לדינא לדידן היכא שידעינן שאין כאן ג' חדשים כגון בבעל ראשונה, נחמיר בטומאת מעל"ע עד ג' חדשים, וע"ז הקשה הגמ' הא ראיה גדולה היא, ומשני משום דאיכא יולדת לז' וא"כ בשרואין

הגה"ה

*) וגם בית לו מתירין גמור מותר ע"פ רוב שלא ע"י תערובות, ומוכח כן מד' בה"ג שמתיר בתערובות אותו ואת בנו ע"י נכבשינהו דניידי השבואר (ביו"ד סי' פ"ז), וכן יש להביא ראיה ממשנה (ריש פרק א' דדמאי) שמייתי הר"ש ירוש' שר' יוחנן אמר שגם בודאי כן משום שרוב מינים אלו באים מן ההפקר אף דזה יל"מ וסמכינן ארוב, ויש לדקדק בזו הראיה:

בה הכרת העובר וידעינן שאין כאן ג' חדשים מעת שנתעברה, היינו אומרים להקל בטומאת מעל"ע לומר שההכרה היא אמיתית, רק היא יולדת לז', קמ"ל דלא מקילינן בהכי, ובזה נאמר בשני אופנים, או שאין אנו מקילים לתלות שהיא יולדת לז' שהולכין אנו אחר רוב נשים, או שגם יולדת לז' הכרתה נחשבת בג' חדשים דוקא, וכמו דמספקינן בסנהדרין (ס"פ א') ביולדת לז' אימתי עוברה ניכר, אם לג' חדשים או לשליש ימיה, וזהו הנראה בפירוש הגמ' דנדה:

ואחרי שהוכחנו מסוגיא זו דנדה שיש הכרה מדומיית והיא באה גם בפחות מג' חדשים, אמנם הכרה ברורה היא רק בג' חדשים שלימים וכדמוכח מד' רש"י ביבמות, וכמו שהוכיחו הגאונים הנ"ל וכן מהא דבן סורר ומורה שלא משכחת הכרה ברורה לעיבור פחות מג' חדשים, מדשקיל וטרי הגמ' לענין אם ראוי לקרותו אב בפחות מג' חדשים, ומספקינן אם אזלינן בתר רובא לחיוב דיני נפשות, ואם נאמר שבכל יולדת לט' איכא מיעוטא שיש להם הכרה פחות מג' חדשים, א"כ אפי' אם יולדת לז' אין ניכר לשליש ימיה כ"א בג' חדשים, ג"כ מוכח דאזלינן בתר רובא בזה לחייבו מיתה עד ג' חדשים, אלא ודאי הדבר ברור שכל הנשים אין להם הכרה ברורה פחות מג' חדשים בשום אופן, אך הכרה מדומיית יש גם בפחות מג' חדשים אך זה אין נקרא הכרה, ולכן שפיר בן סורר ומורה חייב עד ג' חדשים, ומעתה יש להסתפק בכ"ד אם אפשר לסמוך על הכרה שהיה לה קודם ו' חדשים, אולי לא היה זה הכרה אמיתית ברורה והיה זה קודם ג' חדשים. — ונראה לענ"ד שמסתברא שגם הכרה שאין אמיתית הבאה לפרקים קודם ג' חדשים, מ"מ היא באה רק בשני חדשים ויום אחד ולא פחות, וסמך לדבר, מדברי התוס' (יבמות ל"ז ע"א) ד"ה רוב שכתבו בסה"ד „וי"ל שאין משתהה הכרת העובר מהראשון עד שליש ימיה של השני" ושליש ימיה של השני הוא שני חדשים ויום אחד, ואם מקודם תמלא הכרה שאין אמיתית אכתי יש לחוש שמא היא מעוברת מראשון לתשעה, וההכרה תהיה בפחות איזה ימים משני חדשים ויום אחד להשני ויתלו זה בהכרה מדומיית להשני, וההכרה תהיה בפחות איזה ימים משני חדשים ויום א' להשני, א"ו שפחות משני חדשים הוא שליש ימים של יולדת לז' למקוטעין אין שום הכרה כלל. עוד יש לנו משמעות ליסוד זה ממה דאיתא (יבמות מ"ג ע"א) שלא ר"ח בר אבין מארסין תוך ג', וכן עושין מעשה כו', והאי מארסין תוך ג' יראה פירושו שתוך חודש הג' מותר ליארס, וכן יראה זה ממה דהביא אח"כ וכן היה ר"א מלמדנו רובו של ראשון ורובו של שלישי והאמלעי שלם, שהוא קרוב לדבריו שבכלות שני חדשים שלמים מותר ליארס, ויש לדקדק בזה ממנ"כ אם לא גזר אירוסין אטו נישואין אפי' קודם ג' יהיה מותר ליארס, כדעת ר' יוסי דאמר כל הנשים יתארסו, כי על דין הבחנה לענין נישואין ודאי שלא יחלוק דבעינן ג' חדשים שלמים כסתם מתניתין, וכן כתב בס' קרן אורה שלא התירו רק ליארס, הגם שיש לומר שלכך לא גזרו בחודש הג' אירוסין אטו נישואין מפני שדרך להמתין מן אירוסין לנישואין שלשים יום כדתנן לאלמנה שלשים, וע"כ לא גזרו בזה אירוסין אטו נישואין, אבל לא קודם, אך משמעות הלשון של הגמ', שמביא וכן היה ר"א מלמדנו בשם ר"א הגדול רובו של ראשון וכו' משמע שיש ע"ז לתא של ג' חדשים התירו האירוסין. וע"כ נראה לענ"ד לומר שבאמת הבחנה ברורה אינה רק בג' חדשים שלימים, רק במשך חודש הג' שכיח שתהיה אז קלת הכרה שהיא הכרה שאינה ברורה לא גזרו אז אירוסין אטו נישואין, כיון שאז לא נמלא שום הכרה סמכינן שלא תמלא הכרה עוד גם עד שיושלם החודש השלישי. גם נראה אחרי שמצינו פלוגתא אהא דתנן מעוברת משיודע עוברה שסומכוס אומר משום ר"מ ג' חדשים, ובירושלמי יבמות (פרק ד' הל' י"א) מייתי הא דסומכוס

על

על עד כמה הכרת העובר, ועלה מייתי ר"ז ר' אבא בר זוטרא אמר ר"ח בשם ר' חייא רבה אפי' רובו של ראשון ורובו של אחרון ואמצעי שלם, ובמאי פליגי וכי פליגי במציאות מתי הוא הכרת העובר, אלא נראה שמלוי הכרה קלת בזמן הזה, רק הכרה ברורה היא בג' חדשים שלימים, ובזה פליגי דהך סבר דבעינן הכרה ברורה והך סבר דהכרה קלת ג"כ מהני, וזהו סברת מ"ד בגמ' דילן שמותר ליארס תוך ג' וכמש"כ:

ומצאתי בס' אור זרוע (סי' תרי"ג) דברים שיש להתבונן בהם לענין זה, וז"ל „תינוק בן יום א' זוקק ליבום ופוטר מן היבום אם נולד לאחר מיתת אביו וחי שעה אחת, ומוקי לה בגמ' שקים לן שכלו חדשיו, וה"ד כו' כבר פירשו רבותי שאם היתה מונה מטבילתה ט' מלאים זה לא הוה קים לן כו', אלא היכי דמי קים בגויה כגון שבא עליה סמוך לטבילתה ושוב פירש ולא בא עליה עד חודש, ולבסוף ב' חדשים לביאה שניה הוכר העובר הרי הדבר ידוע שמשעת ביאה ראשונה נתעברה והוכר לג' חדשים כמשפטו, אע"ג דאסיקנא פ' החולץ רוב היולדות לט' עוברה ניכר לשליש ימיה משמע דמיעוט יולדות לט' אין ניכר לשליש ימיה, מ"מ פחות מן שליש ימיה אין ניכר לעולם, מעתה זה שניכר לאחר ב' חדשים מביאה שניה בידוע שמראשונה נתעברה, ורשב"א זל"ל כתב דקים לן בגויה שכלו חדשיו הוא כגון שבעל ופירש וילדה לסוף רע"ג ימים" עכ"ל, והנה מדברי האו"ז למדנו שלפנינו אם יש לסמוך על ההכרה שהוא ג' חדשים בודאי הוא מחלוקת הראשונים, שלמה שהביא האו"ז בשם רבותיו שסמכינן על ההכרה שבפחות מן שליש ימיה אין ניכר לעולם, ולדעת הר' ר' שמשון [הוא הרשב"א שבאו"ז] שהביא א"א לסמוך על ההכרה כלל דאולי גם בליר מהכי הוה הכרה, אלא שיש לדקדק בל' הא' של האו"ז שסובר שסמכינן על ההכרה [ובוודאי כוונתו על הכרת עין דהא מייתי מסוגיא דיבמות ל"ז ושם בהכרת עין קמיירי] וכמש"כ שם „מ"מ פחות מן שליש ימיה אין ניכר לשוגס" א"כ למה הוצרך שיהיה בעל ופירש חודש אחד הא אפילו לא פירש כיון שניכר לשלשה חדשים מטבילתה שהוא ו' חדשים קודם הלידה הרי ידוע שכלו לו חדשיו, כיון שבליר מן שליש ימיה אין ניכר לעולם לפי שיטה זו של האו"ז. — והנראה לענ"ד בשיטת האו"ז שדבריו סובבים לפי יסוד הסוברים שיולדת לט' אין יולדת למקוטעין, גם סובר כמוש"כ לעיל שלענין הכרה ג"כ יש לטעות באיזה ימים, אך בשני חדשים א"א לטעות כל שחסר חודש שלם, וא"כ הכא כשפירש חודש אחד כיון שבשני חדשים א"א לטעות בהכרה, ממילא ידעינן שנתעברה מקודם שהוא שלשה חדשים קודם ההכרה, וא"כ לדידן דקיי"ל כמו שפסק הרמ"א (באה"ע סי' קנ"ו) שבזה"ז נשתנו הטבעים ויולדת לתשעה ג"כ יולדות למקוטעים, א"כ כל שיש הכרה ששה חדשים קודם לידתה ידענו בודאי שלידתה הוא יותר מן שמונה חדשים מעיבורה, ונחשב זה כלו חדשיו, אך עיקר דין זה הוא במחלוקת תלוי, שלדעת הרשב"א המובא באו"ז לא סמכינן כלל אהכרה, רק אימתי מקרי כשפירש כל הזמן (וה"ה אם פירש עד שהוכר עוברה יותר מג' חדשים) ומאז היו תשעה חדשים שלימים עד הלידה, אך כיון שעיקר החשש שאנו חוששים לנפל לענין יבום הוא רק מדרבנן, וכמבואר ברמב"ם ובשו"ע (סי' קנ"ו), ולכן יש להקל לסמוך על לשון הא' שבאו"ז כנ"ל:

אך, אכתי יש לדון בענין היתר על סמך ההכרה אחרי שהוכחנו בדברינו הקודמים מהא דנדה, ובפרט ממה שמוכח מפורש מד' האו"ז שהיתר ההכרה אין מועיל (במקום שלא פירש כלל) רק לעשותו נולד למקלת חודש תשיעי, אבל להחליטו שנולד לט' חדשים שלימים זאת א"א להתברר מן ההכרה, וא"כ יש לדון כיון שלדעת הרשב"א המובא באו"ז אין לסמוך על ההכרה כלל, וגם לדעת הסומכים על ההכרה המובא באו"ז אין מועיל בכ"ד רק לעשותו נולד למקלת חודש תשיעי בודאי, ודין זה אם יש לסמוך על תשעה מ' מקוטעין, הוא מחלוקת הפוסקים [יעויין בריב"ש (סי' תמ"ו) שהאריך בזה] וא"כ יש להעיר נהי דהוה זה מדרבנן, מ"מ הא יש כאן ס"ס להחמיר דילמא הדין כדעת הרשב"א שבאו"ז שאין לסמוך על ההכרה כלל, ודילמא הדין שאין מועיל נולד למקלת ט' לעשותו כלו לו חדשיו, ואף שהרמ"א סתים לה כדעת התשב"ץ שבזה"ז סומכין על מקלת ט', אפשר שלא סתים רק במקום ספיקא של שתם ולדות שהוא רק מדרבנן, וזה מבורר בבירור גמור שכלו לו ח' חדשים שלימים ומקלת חודש תשיעי, וע"כ סמך על התשב"ץ מטעם ספיקא דרבנן, אבל בכ"ד שאין לנו בירור גמור ע"ז רק מצד ההכרה כנ"ל, שזה גופא תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל, יש בזה ס"ס להחמיר ויש לחוש להחמיר גם בדרבנן, ובפרט שהלשון הא' שבאו"ז שהוא המיקל לסמוך על ההכרה, מדבריו בעצמו מוכח שאין לסמוך רק היכא שפירש חודש אחד, משום דבעינן שיהיה ט' חדשים שלימים, ואם שהגאונים הגרע"א והג' מהר"י מליסא סמכו על ההכרה, הוא משום שלא היה לפניהם ספר האו"ז, ואילו היו רואים דעת רבינו שמשון הוא דעת הרשב"א מבעלי התוס', שדעתו שאין לסמוך על ההכרה וגם דעת האו"ז בעצמו שאין עושה מההכרה בירור במקום שלא פירש רק לעשות לנולד למקלת ט' לא היו מקילים נגדו:

ובאמת בעיקר הדין הזה של שני לדדים להחמיר בספיקא דרבנן יש בזה לדון (עיין פר"ת בסי' ש"ט ס"ק מ"ד) וכבר התעורר בזה המל"מ (בפ"ד מה' בכורות) ד"ה עוד, ולידד להחמיר בזה יעו"ש, אמנם בפ"ו מהל' מקואות מביא מהתוס' (עירובין ל"ה ע"ב ד"ה ספק) דבדרבנן בטומאה אפי' ס"ס להחמיר טהור, וגם הביא מהר"ש גבי ידים שס"ס להחמיר מ"מ מותר, ומסתפק אם זה הקולא בכל איסורין דרבנן, או שדוקא בטומאת ידים הקילו, ובס' חקר הלכה הביא הוכחה שמקלינן בס"ס להחמיר, מהא דגבי עירובין בסי' ת"ד פסק הרמ"א שאם יש ספק אם הוא למעלה מעשרה אזלינן לקולא, אף דהא שבתחומין למעלה מעשרה קיי"ל לקולא הוא ג"כ מצד ספיקא דרבנן שלא נפשט האיבעיא עכ"ד, אך יש לומר דהכי דרבנן קילי וכמו שמצינו הלכה כדברי המיקל בעירוב, אפי' יחיד נגד רבים לזאת מקילין ג"כ בס"ס להחמיר, אמנם יש לומר גם בכ"ד מצינו שהקילו חז"ל בהאי מלתא דרבנן בחששא דשתם ולדות גבי חלילה גבי אשת כהן, ולכן י"ל שכל ספק שיש לנו בזה יש להקל, גם יש לצדד קולא משום דהאי ספק שמא יולדת לט' אין יולדת למקוטעין, הכריע הרמ"א שהנסיון מעיד שלא כן הוא לכן אין לצרפו לס"ס להחמיר:

ועוד נראה לענ"ד שכיון שכבר נגמרו שערו וציפרניו ואם שבשו"ע פסקו שגם בנגמרו שערו וציפרניו בעינן שהה ל' יום דוקא, מ"מ מצינו שהרשב"א בפ' החולץ וכן הריטב"א בחי' שם וכן הנימוקי יוסף כתבו, שבשתם ולדות המסופקים אם המה בני ח' או בני ט' שלא נודע להם בבירור אם כלו חדשיו, אם נגמרו שערו וציפרניו אפי' לכתחלה תנשא, הגם שבפ' הערל הביאו בדבריהם שיטת הפוסקים דתרתי בעי, ולגמרו שערו וציפרניו בעינן שיהיה שלשים יום, לענ"ד האמת יורה דרכו שכוונתם שם בפ' החולץ שהוא מקור הדין של מת הולד תוך ל' יום לענין חליצה שם כתבו כפי הכרעת דעתם לדינא, להקל בשתם ולדות בנגמרו שערו וציפרניו, אך בפ' הערל שם באו לפרש הסוגיא דגמ' מביאים שם לכל הסברות:

וראיתי להבית מאיר (בסי' קנ"ו סעי' ד') שכתב על הנימוק"י הגם שבפ' החולץ כ' כו' זה כתב ע"פ דברי הרשב"א פ' החולץ אבל בפ' הערל חזר בו ע"כ, ולענ"ד דחוק לומר שחזר בו ובפרט שכל הראשונים אלו הרשב"א והריטב"א והנימוק"י כולם כתבו בפ' החולץ שבשתם ולדות שנגמרו שערו וציפרניו לכתחלה תנשא, ובפ' הערל הביאו כולם הדיעות

הדיעות והסברות שיש לומר דפסקינן כרשב"ג דבעינן שהיה ל' יום דוקא בסתם ולדות, הכי כולם יהיו חוזרים מדעתם ממה שכתבו בפ' החולץ, ובפרט שהרשב"א בפ' החולץ שמכריע לדינא וכתב שבסתם ולדות ונגמרו שערו וציפרניו תנשא לכתחלה, כתב בסוף דבריו „ובפרק הערל נאריך בה יותר בס"ד" א"כ הרי ראיה ברורה שאין כאן חזרה, אלא שכאן בפ' החולץ לדינא פוסק להקל, ושם בפ' הערל בפי' הסוגיא מביא לכל הדיעות והשיטות, ואולי מהאי טעמא גופא משום דהוא מדרבנן פוסק להקל בנגמרו שערו וציפרניו שתנשא לכתחלה. וע"כ נראה לענ"ד הגם שלדינא אנו פוסקים כדעת השו"ע (בסי' קנ"ו) דבעינן דוקא שהה ל' יום בסתם ולדות, וי"א דבעינן נמי גמרו שערו וציפרניו, אבל על גמרו שערו וציפרניו לבד אין סומכין כל שלא שהה ל' יום, מ"מ לצרף דעת הרשב"א והריטב"א והנימוק"י לצירוף היתר ההכרה שהיה קודם ששה חדשים ללידתה, ודאי שיש לצרף שיהיה נחשב כיחד לעשות מזה ספק אחד להקל במידי דרבנן, ובפרט במקום דחק ועיגון וגם שכבר יצא דבר זה להיתר ע"פ רבותינו הגאונים הג' מהרעק"א ומהר"י מליסא, אך באופן שיהיה בירור גמור שיגידו בתו"ע על ההכרה שהיה קודם ו' חדשים ללידתה ועל שהיו נגמרים שערו וציפרניו בעת הלידה:

ובסתם ולדות במקום שאין ריעותא מצד שערו וציפרניו דקיי"ל שלכתחלה אסורה ובדיעבד באשת כהן אחרי שנתקדשה לכהן אין צריך חליצה, וה"ה בבעלה ישראל אם אין היבם כאן, היאך הוא הדין לכתחלה אם אינה יודעת היכן הוא היבם, או שא"א לו לחלוץ, אם נאמר כיון שהיא תצטרך להתעגן כל ימיה, דמיא זה לאשת כהן שהתירו חז"ל, או שדוקא בדיעבד שכבר נשאת אין מוציאין אותה מבעלה, אבל לכתחלה לא תנשא הגם שתתעגן כל ימיה, והנה בפ"ת (סי' קס"ד ס"ק ה') הביא בשם משכנות יעקב שאין לנו אלא מה שהתירו חז"ל בפירוש באשת כהן בדיעבד ולא להוסיף מדעתינו להתיר משום עיגונא, אך בח"ס אה"ע (חלק ב' סי' ס"ט) כתב, וז"ל „ואפשר שבמקום עיגון כזה קיל מנשאת לכהן" ובתשו' רעק"א (סי' נ"ח) כתב וז"ל „אמנם בנ"ד ראוי לדמות לאשת כהן ועדיף מיניה כיון דלית ליה תקנתא וכמש"כ אחני הגאון כ"י" ע"כ, ובתשו' (שם אריה חלק ב' סי' מ') מעיר שם על דברי הגרע"א והח"ס שהחליטו שבמקום עיגון דמי זה לאשת כהן, והקשה ע"ז הא מים שאין להם סוף יוכיח דקיי"ל במשאל"ם שאם נשאת לא תצא, ומ"מ מחמירים לכתחלה אף במקום עיגון שלא תנשא שהרי אין לך מקום עיגון יותר ממשאל"ם עכ"ד, ולענ"ד אין מזה קושיא כלל על הגאונים הנ"ל דהתם במשאל"ם עיקר דין חז"ל הוא לאסור במקום עיגון לכתחלה, וכשאנו מתירין דיעבד שכבר נשאת איכא תרתי דיעבד ומקום עיגון, דהא אם נצטרך להתגרש מבעלה שנשאת לו, תיאסר לאחרים ג"כ, משא"כ בנדון זה שחז"ל התירו באשת כהן אין כאן רק דיעבד לחוד דהא אפשר שתתגרש מבעלה הכהן ותנשא לאחר שתחלוץ שלא לכהן, וא"כ שפיר נוכל לדון את מעלת הדיעבד להוציא מבעלה בלא עיגון, נגד עיגון בלא דיעבד, שעיגון בלא דיעבד עדיף מדיעבד בלא עיגון ושפיר אמרו הגרע"א והח"ס חתנו „שראוי לדמות לאשת כהן ועדיף מיניה כיון דלית ליה תקנתא". — ונראה לענ"ד להביא ראיה לזה שעיגון בלא דיעבד עדיפא מדיעבד שכבר נישאת בלא מקום עיגון, והוא מזה שמצינו גבי רואה דם מ"ת (יו"ד סי' קפ"ז סעיף ג') לדעת הי"א שהוא שיטת רש"י והרמב"ם, שלבעל ראשון אין מתירין ע"י בדיקת שפופרת כיון שאפשר להתגרש ולהנשא לאחר, אמנם בבעל שלישי שנעשית אסורה לכל מתירים ע"י שפופרת, וכתמא שתמו הפוסקים שמותרת ע"י בדיקת שפופרת בין שהיא תחת בעלה השלישי ובין אחר שנתגרשה מבעלה השלישי בכל אופן היא מותרת ע"י בדיקת שפופרת, הרי מוכח שבהוחזקה ג' פעמים מג' אנשים להיות רואה דם מ"ת שהוא מקום עיגון שנאסרה לכל, שרינן לה ע"י בדיקת שפופרת גם בלא דיעבד, אך בבעל ראשון דהוה דיעבד שתצטרך להתגרש, רק לפי שאין כאן עיגון שאפשר לה להתגרש ולהנשא לאחר משום שאין כל האצבעות שוות, לא שרינן לה ע"י בדיקת שפופרת להשאר אצלו, והרי מוכח מזה שמקום עיגון שתיאסר לכל חשוב יותר להתירה, מן דיעבד שכבר נשאת במקום שאפשר לה להתגרש ולהנשא לאחר, ולכן שפיר כתבו הגאו' הגרע"א והח"ס שכיון שהתירו חז"ל באשת כהן בלא חליצה שלא תיאסר על בעלה הגם שאפשר לה להתגרש ולהנשא לאחר אחרי החליצה, כש"כ שנתיר לה במקום שא"א לה בחליצה ותתעגן לעולם אם לא נתיר לה בלא חליצה להנשא לכתחלה:

סימן ה

אייר הרנ"ט סלאבארקא

כבוד הרה"ג וכו' אב"ד דק"ק.

אחדשה"ט. מכתבו בענין אחד שעבר על חר"ג ונשא אשה על אשתו הראשונה, ואח"כ עזב אשתו השניה וחזר להראשונה הניעני, והנני לכתוב בעצם הענין שדברתי קודם במכתבי וגם להשיב על דבריו ואעיר בעז"ה לחקור לעומקו של הלכה באמת וביושר הסברא:

כתב כת"ר על מש"כ אם הנשאת באיסור חר"ג שלא לישא ב' נשים, שאפשר לומר לכאורה שאין לה כתובה במקום שהיא ידעה מזה, והבאתי מהא דאיתא (יבמות פ"ט ע"א) באשה שאמרו לה מת בעלה ונשאת ואח"כ בא בעלה שאין לה כתובה „טעמא מאי תקינו לה רבנן כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה הא תהא קלה" וכתב כת"ר ע"ז א"כ יקשה חייבי עשה אמאי יש להן כתובה, תמיהני הלא כתבתי זה במכתבי הראשון דחייבי עשה יש להם כתובה משום שהוא מן התורה ואין צריך חיזוק, וטעמא דתהא קלה הוא הטעם שאמרו (יבמות פ"ה ב') דברי סופרים צריכים חיזוק ולכך עשאו שתהא קלה בעיניו להוציאה, גם מה שכתב שלאיכא דאמרי שם דרבי קתני הא דמרגילה והלכה כמותו, ולכן קשה להש"ס, אמאי אין לה כתובה הא באשה שבא בעלה כו' הולד ממזר ואיכא מרגילתו, וע"כ הוצרך הגמ' לטעמא שתהא קלה בעיניו להוציאה, תמה אני עליו א"כ איך יאמר על חלוצה שהרי תישאר הקושיא למה יש לה כתובה הא ראוי שלא יהיה לה כתובה שתהא קלה בעיניו להוציאה, שהרי לפי דבריו לא יועיל ע"ז הא דאיכא מרגילתו, גם מה שכתב בטעם הג' דקשה להש"ס היכן מצינו שבשביל חטאיו של איש נפסידנו ממון שנתחייב לו לפני חטאו, הוא ג"כ תמוה הלא כמה הלכות קבועות בדיני כתובה כן הוא, בעוברת על דת משה ויהודית וכדומה, גם מש"כ שזה הטעם לזינתה וכל השנוים בהמדיר שמפסידים כתובה אח"כ מטעם שתהא קלה בעיניו להוציאה, אבל אם תחלת הנישואין באיסור, תלוי זה בקל וחומר ובצריך חיזוק, וחר"ג קל ואין צריך לחזקו ע"כ דבריו, ותמה אני עליו בתרתי. א) כיון שלדעתו להפסידה כתובה הקדומה קשה יותר ממה שלא יהיה בתחלה, ואם הטעם שתהא קלה להוציאה מהני להפקיע חיובה הקודם, כש"כ שיועיל שלא יחול חיוב הכתובה מתחלה. ב) מש"כ „שאין אנו רשאין לחזק את חר"ג" לפלא הוא מאין לקח שאין רשאין זאת וכי המלוה לזלזל בו, ועיקר הדבר שחידש שהטעם בזינתה וכל השנוים בהמדיר שמפסדת כתובה, כדי שתהא קלה בעיניו להוציאה, לא מצינו זה בשום מקום, גם יקשה ע"ז א"כ

א"כ באלמנה לכה"ג וכל דכוותייהו שיש להם כתובה שאסורה מן התורה, ואין אנו צריכים לחזק שתהא קלה להוציאה, מדוע אם זינתה מפסדת כתובתה, ובאמת איתא מפורש בסוטה כ"ה ע"א (כ"ד א') שאלמנה לכה"ג שזינתה מפסדת כתובתה, ועיין רש"י שם, ובלא"ה קשה דבריו בזה הא זינתה דאורייתא הוא ואין צריך חיזוק, ולמה לחז"ל לתקן שתהא קלה בעיניו להוציאה. — אבל האמת יורה דרכו שכל הנשים העושים נגד חובתן לבעליהן מפסידין כתובתן הקדומות מן הדין, ולא בעינן ע"ז הטעם שתהא קלה לעיניו להוציאה, והא דמצריך הגמ' (יבמות פ"ס) לטעמא שתהא קלה בעיניו להוציאה, הוא משום דבאמת היא שוגגת רק מטעם שהוצרכו לתקן שתלא מזה ומזה, הוצרכו לתקן גם שלא תהיה לה כתובה כדי שתהא קלה להוציאה, ומשום דהוה דברי סופרים שצריך חיזוק, וטעם של הוא מרגילה אין מועיל כאן אחרי שהיא הגורמת לזה שלא דייקא. — ומה שמביא ראיה מדברי הש"ג (יבמות פ"ו) לשון ריא"ז „יוציא ויתן כתובה" אין משם שום ראיה דשם כוונתו על הראשונה מפני שעשה לה נגד המנהג, אבל אין משם ראיה לענין השניה שנשאת באיסור חר"ג שידעה ועברה, גם מש"כ להוכיח מדברי בהא"ט (סי' א' ס"ק כ') שעליה אין איסור חר"ג שהיא מותרת להנשא לספרדי להיות אצלו שתי נשים, אין מזה ראיה, דהא בתקנת חר"ג יש לומר ע"ז שני טעמים, א', משום שרצה לתקן לטובת האשה הנשואה מקודם, ועוד יש לומר שלא יהיה מכשול שיקח אחת במדינה זו ואחת במדינה אחרת, ולכן לטעם השני יש לומר שיחול גם עליה האיסור, אבל במקום שבעלה מותר בשתי נשים אין עול נגד הראשונה וגם אין תיקון שלא תנשא לו מועיל נגד טעם השני, כיון שהוא מותר בשתי נשים, אבל במקום שחל על הבעל האיסור חל ממילא גם עליה:

אמנם לעיקר הדין לענין כתובה גם אנכי מסכים שבאמת יש לה כתובה כאשר כבר כתבתי כן במכתבי הראשון, ועתה נראה לענ"ד להביא ראיה לזה מדברי הרא"ש בתשובתו (כלל נ"ג סימן ה'), שהשיב הרא"ש לענין מעוברת או מינקת חברו אליבא דר' מאיר, שלהשואל היה פשיטא ליה שאליבא דר"מ אין לה כתובה כיון שאין לה היתר דומיא דשניות, וע"ז השיב הרא"ש שם דאין דומה לשניות משני טעמים. חדא דשאני שניה שעומדת כל ימיה באיסור כו', לכך ראוי להחמיר שתצא שלא בכתובה כי שם שניה עליה כל ימיה, אבל מעוברת כו' איסור זה בשעת נישואין הוא ועתיד ליפסק [פירושו אליבא דר"מ אם לא היה נושאה אז] כו' יעו"ש, ועוד נראה דמעוברת חברו הוא מרגילה ולא היא מרגילתו דאשה חסה על בנה, ע"כ, וא"כ לכאורה י"ל שדין זה של חר"ג בכ"ד תלוי בהני תרי טעמי, שלטעם הראשון איסור חר"ג ג"כ חלוק משניה שאינה איסור עולמית שהרי יש לה היתר אם יגרש או תמות הראשונה, אבל לטעם השני יש לומר שאפשר שאין לה כתובה שהיא מרגילתו, אך באמת נראה לענ"ד שע"כ לא הוצרך הרא"ש להוסיף טעם השני רק אליבא דר"מ אחרי שנשאת באיסור מעוברת חברו או מינקת חברו נעשה איסור עולמית, חשובה זו כאיסור עולמית של שניה, משא"כ באיסור חר"ג גם אחרי הנישואין בעברה, יש לה היתר אם יגרש להראשונה, וגם י"ל שבאיסור חר"ג סתמא דמלתא אינה מרגילתו שאין אשה רוצה בזה כמאמרם (מגילה י"ג ס') אין אשה מתקנאת אלא בירך חברתה, ואין רצונה להנשא למי שתהיה בשתי נשים, וע"כ לא קנסו אותה כתובה:

ומש"כ עוד על מה שכתבתי במכתבי הראשון שהיכא שיש להבעל לתן אפי' מקצת הכתובה א"א להזדקק לכופה לקבל הגט, כל זמן שהבעל אין מקיים לתן מה דאפשר לו, וכת"ר כתב ע"ז, אבל כבר כתבתי מסקנת הבאה"ט (בסי' קי"ט ובסי' קנ"ד ס"ק כ"ד), והנה מוכרחני לבאר דברי אשר בעז"ה הנכון עמי כאשר כתבתי. הנה בעיקר הדין של הבאה"ט שם הוא במחלוקת שנויה, שהפר"ח חולק על זה וכן הוא דעת התשב"ץ, והבית יעקב הסכים כדעת הפר"ח, ואם כי הפר"ח מודה היכא שהיא מחויבת מן הדין לקבל גט ואין לו הכתובה, שאין מעכב לנתינת הגט מה שאין לו לשלם הכתובה, הני מילי היכא שאין לו, אבל אם יש לו לשלם מקצת הכתובה בעת הגירושין, ממילא אם אין משלם אין רשאי לגרשה בלא זה בעל כרחה, כיון שיש לו ומחויב הוא בכך וא"כ צריך לעשות כפי חיובו, ובאמת רב גובריהו להפר"ח והתשב"ץ והבי"ע נגד הבאה"ט. — ועוד נראה לענ"ד אפי' לדעת הבאה"ט, כיון שמחויב לתן הכתובה וכמה שיש לו מחויב לתן, והיא מחויבת מן הדין לקבל הגט בלי עיכוב, מ"מ הב"ד שמזדקקים לכוף לקיים כפי הדין באמת, מאי חזית שיזדקקו לכוף אותה לקיים מה שהיא מחויבת לקבל הגט, ולו לא יכופו לקיים בתשלום הכתובה כמה שיש לו לשלם, הכי לא יהיה זה עיוות הדין, שאותו לא נכוף במה שהוא מחויב, ואותה נכוף, וכל שאנו מזדקקים לכפיה צריכים לעשות כפי הדין לשניהם בשוה:

ועתה אבאר את דעתי בדבר ענין השלשת גט, ואם יש לכוף אותה לקבל ג"פ בעל כרחה שבזה מחולק אני עם כת"ר, ואבאר הדברים ואקיים מאמרם ז"ל מפני מה זכו ב"ה כו' ששונין דבריהם ודברי ב"ש כו'. הנה דעת כת"ר שהראשונה מותרת לו גם קודם שגירש לשניה, ויסוד סברתו כתב, היכן מצינו שיאסר אדם עליו במעשיו את אשתו, והשניה אסורה ומחויב לגרשה תומ"י וכופין אותו ע"ז ככל הנשים האסורות, וגם אם ירצה לפרוש ממנה לא מהני ההפרשה שנחשבת אשה אסורה לו, וגם אותה נכוף ע"ז, אלו דבריו. ואומר ע"ז הנה הפוסקים מחולקים אם חר"ג הוא רק על תחלת הנישואין של האשה השני', אבל לאחר שעבר ונשא אין עליו איסור להחזיק שניהם, או שגם אח"כ יש עליו איסור, ודעת הרמ"א מוכח שגם אח"כ יש עליו איסור, והכו"ב הוכיח (במה"מ סי' נ') כשיטה זו, מהא שהסכימו הפוסקים להשליש גט גם בנשתטית שיהיה מוכן לגרשה כשתתרפא, וא"כ מוכח מזה שגם אפי' נשאה בהיתר כגון ע"פ עד מחויב לגרשה, שהרי בזה שנשתטית נושא בהיתר ואפ"ה כתבו לגרש מיד, וא"כ מוכח מזה שעצמית איסור שתי נשים מונח עליו כל שיש לו שתי נשים, גם שהיה נישואי שתיהן בהתירא כענין נשתטית שלקח שניה בהיתר ב"ד, והראשונה ג"כ נישואי היתר הי', וא"כ רואין אנו שמה שיש לו שתי נשים יש עליו איסור חר"ג, וא"כ גם בנשא שניה באיסורא של חר"ג אחרי שחלו הנישואין של השניה כי ר"ג לא ביטל הקידושין והנישואין, וממילא יש עליו איסור של שתי נשים גם כשיהיה עם הראשונה, כל זמן שלא יגרש להשניה, כמו שיש עליו איסור של שתי נשים כשנשא אשה אחרת על אשתו שנשתטית וא"כ נתרפאה. ומעתה יש יסוד מוכח לסברתי שיועיל השלשת גט, כמו שבנשתטית כל שהניח הגט עבור הראשונה שאף שנתרפאה הראשונה מותר בשניה, גם שאין רצונה לקבל הג"פ, ובזה ודאי יודה גם כת"ר שאין לכוף להראשונה לקבל בע"כ גט, שודאי תוכל לומר שתפלה להתענגן אולי תקבל השניה גט ברצונה הטוב, וגם בעלה ירצה לגרשה ואז תשאר היא אשתו, שאין כאן הסברא שלא יהיה חוטא נשכר, רק בעינן שיהיה גט מצד בעלה כשתרצה הראשונה להתגרש, וה"נ לדעתי גם בנשא השניה באיסור שאין לכוף אותה בע"כ, אחרי שבזה שמשליש גט עבור השניה יצא ידי חובת של איסור חר"ג בהחזקת שתי נשים, והרי מקור של איסור בדיעבד אחרי שעבר ונשא מנשתטית למדנו, וכש"כ למה שכ' שיש תועלת בהשלשת הגט ע"י השבועה שנשבע שלא יבטל את הגט והשליח, וא"כ יהיה עליו איסור להתייחד עמה שהרי בזה שמתייחד עמה פוסל הגט

הגט *), ולפי שיטת התוס' (גיטין כ"ו) ד"ה לכשתכנסנה דהיכא דודאי איכא ביאה בטל הגט, א"כ זהו גופא הוא ביטול הגט והשליחות, ויהיה תועלת שהפרשה של בעלה ממנה תהיה הפרשה גמורה, אמנם לכוף להשניה לקבל הגט לענ"ד נראה שאין לנו לכופה בזה, כי שפיר תוכל לומר אולי יגרש להראשונה ברצונה הטוב או שתמות אז תהיה אשתו. ומש"כ כת"ר ע"ז שאין טענתה נכונה שלא תהא תוטאת נשכרת, לדעתי אין חשוב נשכרת אחרי שהיא בעיגונא עומדת, והראשונה מותרת לבעלה אחרי השלשת הגט וכמו שכ'. ומש"כ כת"ר שיש לכוף אותה לקבל הגט להתגרש ממנו כדי שלא תבוא לידי איסור, לענ"ד נראה שבאופן כזה שיש לה היתר לא נכוף לקבל הגט, ומה שמצינו גבי מעוברת ומינקת חברו שכייפינן להו להתגרש גם שיש להם היתרא, התם קנסא קנסו חז"ל שלא יקילו בזה לקדש על לאחר זמן, אבל גבי חר"ג אין עליה בעצמותה איסור רק משום האשה האחרת, די לנו בזה שהוא מוכרח להשליש גט, שבזה יהיה מופרש מאשתו השניה כל זמן שאשתו הראשונה אגידא בבעלה, ועוד דלא יהא אלא ספק אין לנו כח לגרשה בע"כ במה שלא מצינו מפורש בדברי רבותינו לגרשה בעל כרחה, ובאמת ענין השלשת הגט רואין אנו שהוא ענין גדול באיסור חר"ג, אחרי שאנו מצריכים להשלשת הגט גבי נשתטית, הגם שיש פקפוק גדול מפני שעתה אין ראוי' להתגרש, וכמבואר בנו"ב מהדו"ק (סי' ג'), מ"מ לא הקיל בלא השלשת הגט :

ודברי תשובת הרא"ש (בכלל נ"ה סי' ה') שהוזכר לעיל בדברינו, שהשיב להשואל שרצה לומר דלר"מ שסובר שהנושא מעוברת או מינקת חברו שהיא אסורה עולמית אין לה כתובה, והרא"ש השיב יראה לי שאין ללמדה משניות, ויש לה כתובה, ותמוה לענ"ד דברי רבינו הרא"ש, למה לא הביא ראיה לדין זה ממשנה מפורשת (סוטה כ"ד א') דקתני מעוברת או מינקת חברו לא שותות ולא נוטלות כתובה דברי ר"מ, הרי מבואר שגם לר"מ יש לה כתובה, רק מפני שנסתרה אחרי הקינוי מפסדת כתובתה, ודוחק לומר שלכך הוצרך הרא"ש לדון מצד הסברא משום דמתניתין אפשר לאוקמי על התוספת שכתב לה ולא על מנה ומאתים, ולכך הוצרך הרא"ש ללמוד מצד הסברא שגם מנה ומאתים אית לה, מ"מ הוה ליה להרא"ש להזכיר המשנה ודו"ק, ולע"ג :

סימן ו

כבוד הרב המאוה"ג כו' הרב בק'
מכתב כת"ר נידון הקידושין הניעני
והנני לכתוב את הנראה לענ"ד.

וטרם כל אעתיק את הגב"ע. אחד העיד שהוא היה עם השני ונכנסה הבתולה „פלונית" אונד זיא האט זיך גיוואַרימט אַלל התנור איז אריין הבחור „פלוני" ואמר להבתולה הנ"ל ווייז דיין האנד איז קאַלט האב איך גיזעהן ער האט גינומען איהר האנד אין זייגע אונ מיט דיא אנדערע האנד האט ער ארויף גילייגט איין גריוונע באיי איר אויפין האנד ואמר לה הרי את מקודשת לי במטבע זו כדת מו"י אונד וויא ער האט דאס אב גיזאגט האט ער לו גינומען זיין האנד איז דיא גריוונע גלייך ארויס גיפאלין, והיא אמרה לו וואס האסטו גיטאן, והעד השני הנ"ל העיד כי הבתולה הנ"ל עמדה לחוס אלל התנור ונכנס הבחור הנ"ל, ואמר לה עס איז אייך קאַלט אין דיא הענד איך וועל אייך דער וואַרעמען, ורואה וויא ער האט גינומען אירע ביידע הענד אונ האט אריין גילייגט איין גריוונע בייא איר אין האנד ואמר לה הרי את מקודשת לי במטבע זו כדת מו"י, אונד זייא האבין זיך גינומען רייסין אונ דיא גריוונע איז ארויס גיפאלין אונד זיא האט גיזאגט לו איס וואס האסטו דוא מיר דא גיטאן, והוא אמר עס איז שאָן פאַרפאַלין ע"כ :

והנני בא לדון בזה לדינא, הנה אם בנידון זה לא היה שדיך, ודאי שאין לחוש לקידושין אלו, כי זה מלתא דפשיטא דבעינן שיהיה הוכחה אשר היא מרוצית בקבלת הקידושין להתקדש לו, ולכן בעינן או שתאמר אין או שתקבל המעות היינו שתקפוץ ידה או תקרבה לו לקבל כסף הקידושין, אבל כל שאין הוכחה אינה מקודשת, ובשתיקה לאחר מתן מעות יש מחלוקת הפוסקים איך קיי"ל לדינא, אם נחשב זה הוכחה מה שלא השליכה המעות אח"כ או לא, ולא בעינן השלכת המעות להראות שאין חפילה בקידושין, ולכן כאן בעובדא דידן שהמטבע שקידשה בו נפלה תומ"י לאחר שלקח הוא את ידו ממנה, שכל זמן שהיה ידו ע"ג ידה, נראה הדבר שמה שהמטבע היתה נחה ע"ג ידה או תוך פס ידה (שזה לא נתברר בקבלת העדות), היה זה מצד שידו של המקדש היה על ידה וכמש"כ כת"ר במכתבו, שהמקדש אמר שהיה המטבע מונח בין ידו לידה, ומתוך מכתב כת"ר ניכר שהעדים לא דקדקו בזה לראות איך שהיה מונח המטבע בעת הקידושין עד שנפל מידה, ומכל מקום מקום יכול להיות שזה מקרי הונח תוך ידה, דהא מה שידו ג"כ מונח למעלה עליו אין זה מבטל רשות ידה שאגידה ביה, אך הוכחת קבלת קידושין אין כאן, ויעויין בדברי הגהה בט"ז (סי' ל' ס"ק ב') שהאריך בענין זה, ולכן לא מיבעיא לדעת המפרשים דברי הרמ"ה המובא (בסי' ל' סעיף ו') דבזורק לה קידושין במקום שלא אמרה מפורש שמרוצית להתקדש לו ונפל לתוך חיקה, שגם בלא נערה לא הוי קידושין, וא"כ מוכחא מלתא דבעינן ידיעה ברורה שהיא מרוצית להתקדש, היינו שיהיה מעשה קבלה, ובנ"ד אין שום מעשה קבלה ממנה שהרי כל זמן שהיה המטבע בידה היה ידו של המקדש על ידה וכשנטל ידו נפל לארץ — הגם שמהנפילה אין ראיה שהיא לא ניחא לה בהקידושין, כי יש לומר שנפל ממילא, מ"מ כיון שאין כאן מעשה קבלה, ואין כאן בירור שמרוצית, לא הוה קידושין. — אלא שגם אם נאמר שדעת הגמ"ר חולק על דברי הרמ"ה, וכמו שביאר דעתו הח"מ (סי' מ"ב ס"ק ב), מ"מ יש לומר שגם שמהנפילה של המטבע אין הוכחה לבטל הקידושין, כי אין זה דומה למה שאמרו (בקידושין ח' ע"ב) בשדיתינהו קמיה דלא הוה קידושין, דהתם מה שהיא משלכת לכסף הקידושין הוה הוכחה שאין רצונה בקידושין, אבל בנ"ד שנפלה ממילא אין כאן הוכחה שהיא אין רצונה בקידושין, מ"מ אין כאן הוכחה שהיא מרוצית להתקדש, ולכן לא יחולו הקידושין, ויעויין בהגהת של נכד הגר"א ז"ל, שהוא כתב שם בהגהה מפורש דלא בעינן הוכחה שממאנת בהקידושין, היינו שתשליך או תנער חיקה, אלא כל שאינה עושה מעשה או דיבור מוכח דניחא לה, שתיקה כה"ג לאו כלום הוא, אמנם גם לדעת החולקים ע"ז היינו משום שסברי שתיקה נחשב ג"כ להוכחה, אבל בנ"ד הגם שהמטבע נפלה ממילא מ"מ אין כאן הוכחה :

אמנם

*) הנה"ה ונעובדא בא לידי באחד שבא לאשתו נ"ש ובתוך כך רצה לעשות קירוב עמה ונחתי עצה שלא יעבור על השבועה היינו שבוא לא יפה דבר, רק השליח בעצמו יקרע הגט ו מילא נבטל, בחששתי שבמה שיתקרב לאשתו לקירוב אישות עמה וזהו נושא סובל הגט וא"כ נחשב זה מנעלו ועובר על שבועתו, וזהי עצה נכונה שלא נצטרך להתיר השבועה ועוד שהיה קשה לשאת פתח חרטה ודו"ק :

אמנם מה שיש להעיר להסתפק בנ"ד, אולי זה הענין כפי טענת המקדש אשר הוא יוצא ונכנס לביתה, והיא מדברת ומשחקת עמו „ונתרצתה להנשא לו" זה הוה כשדיך, ואפילו אם לא נאמין במה שאומר שנתרצתה להנשא לו, שהיא אין מודה בדבר זה, מ"מ בזה שהוא יוצא ונכנס לביתה ומדברת ומשחקת עמו אפשר שגם זה חשוב מספיקא כשדיך, וכמש"כ החתם סופר (בתשו' סי' ק"א) והוכיח מלשון מהרי"ט בתשובה דסתמא חיישינן שמא שדיך, ובמקום שהיה דברי ריצוי ופיוס הוה כאלו שדיך, כן החליט החת"ס, וא"כ בנ"ד שהוא נכנס ויוצא לתוך ביתה ומדברת ומשחקת עמו, ונראין הדברים שגם דיברו ביניהם וגילה לה דעתו שהוא רוצה לישאנה, ואף שהיא אומרת שלא נתרצתה לו, היינו שהיא לא נתרצתה בפירוש, א"כ יש לחשב זה כשדיך. — הן אמנם שלשון רש"י (שם דף י"ג א') ד"ה בשדיך, פירש"י שדיבר בה קודם לכן ונתרצתה להתקדש לו כו', משמע מלשון רש"י שכל זמן שלא נתרצית להתקדש לו, לא מקרי שדיך במה שדיבר בה לחוד, נראה לענ"ד לומר שלא יהיה זה כנגד דברי החת"ס הנ"ל, ומה שהביא בשם מהרי"ל, דהתם לענין חשש ספיקא שמא זה הוה שדיך לעשות ממנו ספק קידושין, מה שאין כן בהא דגמ' שם דמשמע דהוה קידושין ודאי, בזה בעינן דוקא שדיך ברור, היינו שנתרצית להתקדש לו. וא"כ יש לחוש שבמקום ששדיך לא בעינן הוכחה שהיא נתרצתה בקידושין אלו, שהרי שם (דף י"ג א') דמצי אמרה אין שקלי ודידי שקלי, א"כ אין כאן הוכחה מנטילתה למעות הקידושין או לחפץ הקידושין שהרי מצי אמרה דידי שקלי, ואפ"ה במקום ששדיך הוה קידושין דאמרינן שהיא נתרצתה בקידושין, וא"כ יש לחוש בכל מקום שהוא מקדשה והיא שותקת אפילו היכא שאין שם הוכחה כגוונא דהגמ"ר או כדין של הרמ"ה, שזרק לה קידושין לתוך חיקה, מ"מ בשדיך יהיה זה קידושין:

ובאמת דין זה שכתבנו שבשדיך גם באין הוכחה שנתרצתה עתה בקידושין, כל שכסף קידושין בידה והוא אמר הרי את מקודשת לי חיישינן לקידושין, הוא תלוי במחלוקת הראשונים, שלדעת הר"ן שכתב בשתיקה שלאחר מתן מעות גבי עובדא דליפתא דאסא שכתב שם הר"ן שזה חשוב כשדיך, והוכיח מזה הר"ן שבענין שתיקה לאחר מתן מעות אין חילוק בין שדיך ללא שדיך, וא"כ מוכח מדברי הר"ן שגם בשדיך בעינן הוכחה שמרוצית עתה להתקדש בזה הקידושין, וכל שאין הוכחה אין כאן קידושין גם בדשדיך, אכן הריטב"א בשם התוס' הביא שהקשו אהא דקידשה בפקדון (שם מ"ז ע"א) דהוה קידושין, הא הוה שתיקה שלאחר מתן מעות, ותירץ בשם התוס' דהתם איירי בדשדיך, וכן הביא הרשב"א בחידושיו בשם איכא מ"ד שבשדיך היא מקודשת, ודייק לה מהא דפ"ב התקדשי לי בפקדון והלכה ומצאת שנגנב או שנאבד כו', דהלמא אע"פ ששתקה אם נשתייר כו' מקודשת וקשיא דהא הוה שתיקה שלאחר מתן מעות, ומפרק לה דהתם בדשדיך, אמנם הרשב"א בעצמו וכן הריטב"א וכן הביא הריטב"א בשם הרמב"ן, דבאמת גם בשדיך אין מועיל שתיקה שלאחר מתן מעות, והתם לא נחית להאי דינא ומיירי בדאמרה אין, נמצא שלדעת הרשב"א והרמב"ן והריטב"א והר"ן שסוברים ששתיקה שלאחר מתן מעות גם בדשדיך אין מועיל, מכלל דס"ל שגם בדשדיך בעינן הוכחה שמתרצית בקידושין, אמנם לדעת התוס' המובא בריטב"א והאיכא מ"ד שהובא ברשב"א דס"ל שבשדיך מועיל גם שתיקה שלאחר מתן מעות סברי שבמקום ששדיך חוששין לקידושין גם בלא שום הוכחה, רק מדשתקה ואין מוחה בקידושין אמרינן שבודאי נתרצתה להתקדש לו. — ולכאורה קשיא להסוברים ששדיך אינה שום מעלה לחוש לקידושין בשתיקה לאחר מתן מעות, וא"כ לדעתם שהיכא שאין הוכחה שמתרצית להקידושין גם בדשדיך אין מועיל, למה מועיל בקידשה בגזל דידה שדיך, וכן בכנסי סלע שאני חייב לך ואח"כ אמר לה התקדשי לי בו דמהני בזה שדיך כדאיתא (שם י"ג א') הא כאן גם כן אין הוכחה שמתרצית לקידושין, דהא מצי אמרה מה שקבלה המעות הוא משום אין שקלי ודידי שקלי, ואפ"ה אמרינן בדשדיך דהוה קידושין ולמה בשתיקה לאחר שנתן לפקדון אין מועיל שדיך:

ונראה לענ"ד לתרץ משום דבקדשה בגזל או בכנסי סלע שאני חייב ליכי ואח"כ אמר לה התקדשי לי בו, שאמר זה קודם הנתינה לידה ואח"כ קבלה א"כ יש כאן מעשה קבלה על פי אמירתו לשם קידושין, רק שיש להסיר הקבלה לכוונה אחרת לומר דידי שקלי ולא לשם קידושין, ולכן בדשדיך תלינן שקבלה ועשתה מעשה הקבלה לשם קידושין, ואמרינן דאם איתא דלא ניחא לה להתקדש היה לה למחות בעת הקבלה לומר שהיא אינה רוצה בקידושין והמעות לוקחת לשם חובה, ומדשתקה אמרינן שמרוצית לקבל לשם קידושין כמו שנשתדכה, אבל בנטלה לשם פקדון ואח"כ אמר לה התקדשי לי בו שאין כאן שום מעשה אח"כ רק השתיקה אמרינן דלהו מידי הוא, כיון שאין גילוי דעת ממנה שרוצה בקידושין, וא"כ לענין נ"ד תלוי ג"כ במחלוקת הנ"ל, שלדעת הרשב"א והרמב"ן והריטב"א והר"ן שכולם כתבו מפורש שסוברים שלענין שתיקה לאחר מתן מעות אין מועיל שדיך, כל שאין מעשה שעושה לקבלת הקידושין, וא"כ בנ"ד אין כאן ממנה שום מעשה המראה שהיא נתרצתה עתה להתקדש לו, שהרי מקודם אחזה בידה והניח בידה המטבע, והיא לא עשתה מעשה להראות שניחא לה לקבל עתה קידושין ממנו, ולכן אין לחוש כלל לומר שהיא נתרצה בקידושין זה:

ולענין דינא כיון שהרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן כולם הכריעו שבענין שתיקה לאחר מתן מעות אין מועיל שדיך, וכן בשו"ע סתים לה ולא הוזכר שיש חילוק היכא דשדיך, נראה שסובר שדעתם עיקר ואין חוששים לדעת המחמירים בזה, אך מ"מ משום חומר איסור אשת איש אפשר שראוי לחוש לדעת המחמירים, מ"מ בנ"ד עדיפא כיון שאמרה לו לאחר שאמר לה הרי את"ל כו' „וואס האסטו דאס גיטאן" שנראה שהוא מחאה וגילוי דעת שאין רצונה בזה, והוה זה כאומרת לא בפירוש, אלא שיש לחוש פן היה אמירתה זה לאחר כדי דיבור מן האמירה שלו הרי את כו', מ"מ כיון שלדעת רוב הפוסקים אין זה קידושין כלל, ואין חוששין משום שדיך, וגם לדעת המחמירים הוא ג"כ רק ספק שמא היה המחאה שלה לאחר כדי דיבור, וא"כ הוה זה ספק ספיקא גמורה, שמא הלכה כדעת רוב הפוסקים המקילים וסתימת השו"ע כוותייהו, ושמא היה דברי המחאה שלה תוך כדי דיבור, כי זה א"א להתברר כי נערים כאלו אין יכולים לעמוד על זה, [ולפי אמירת עד השני „הונד זייא האבין זיך גינומען רייסין" ונראה הדבר שהיא רצתה לנתק ידה מידו א"כ נראה שהוא ג"כ מחאה] ולכן מכל זה נראה לענ"ד שיש להקל שאין לחוש לחומרא מחששא דשדיך:

עוד יש לצרף כיון שעשה אביה התקשרות שידוך לה עם אחר וגמר שם והיא הסכימה על זה, וא"כ יש בזה ענין הסברא של שארית ישראל כו' לא ידברו כזב ולא יעשו עולה לשנות, וכמו דאמרינן בגמ' קידושין (מ"ה ב') אליבא דאביי שמסיר חששא דשמא נתרצה האב מטעם זה, דאמרינן שם בגמ' שחיישינן שמא נתרצה היכא דשידכו, וא"כ חזינן שסברת שארית ישראל כו' מבטל מה דשידכו גורם לחוש *), וא"כ הכי נמי בנ"ד יבטל האי סברא דשארית ישראל לא יעשו עולה, מה שנתקשרה והסכימה למעשה אביה להתקשר עם אחר

*) ואף דשם הוה פלוגתא, ורבא פליג ולא סמך על זה רק מטעם שאין אדם טורח בסעודה ומפסידה, יש לומר נהי שלרבא אין זו סברא מוחלטת, מ"מ יהיה זה מרעא לחששא שמא נתרצה האב

אחר, ויבטל חששא דסדיך, ובפרט דסדיך גופא יש מחלוקת, וגם אם זה נקרא סדיך היכא שלא נתרצתה בפירוש, דהא היא נאמנת על עצמה שלא נתרצתה לו להמקדש מקודם וכמוש"כ, וא"כ יש כאן שלש ספיקות להקל, א' שיטת הסוברים דסדיך ג"כ בעיא הוכחה וכמוש"כ, ב' שמא היה המחאה תוך כדי דיבור להקידושין שאמר המקדש, ג' שמא זה לא הוה סדיך, גם לירוף האי סברא דשארית ישראל כו' לבטל ג"כ האי חששא דסדיך:

לעשות ספק, וכזה יודה גם רבא, וא"כ בנ"ד מצטרף זה דשארית ישראל כו' לעשות ספק ביטול לחששא דסדיך:

אחרי כותבי כל זאת עיינתי בספר חוט המשולש (סי' א') תשובת רבן של ישראל הגאון מוהר"ח זלוק"ל, וראיתי שהרבה דברים ממש"כ בענין זה הלכתי בדרכו וזכיתי לכוון בע"ה לדבריו הק', והוא מצרף לענין זה עוד סברא, שלפי הנהוג במדינתינו שאין מקדשים רק תחת החופה מבטל זה חששא דסדיך, וכאשר כת"ר הביא זה במכתבו, ולכל הפחות ספיקא הוה, וא"כ יש לצרף זה לסמוך להקל בזה. — והנה כת"ר הביא במכתבו דברי הנו"ב (סי' נ"ט מהדו"ק) אשר הובא זה בפ"ת, שבמקום שאין הוכחה ברורה שקבלה הקידושין מדעתה ורצונה נאמנת לומר שלא נתרצית להתקדש מטעם עד אחד נאמן באיסורין, גם בדבר שבערוה במקום דלא אתחזק איסורא, ועיין בתשו' רע"א (סי' נ"ז) שכתב על זה שלדעתו אין זה פשוט כ"כ:

ולענ"ד נראה שיהיה בדבר זה מחלוקת הראשונים, והוא שאיתא בתשובת מיימונית להלכות אישות (סימן א') תשובת מהר"ם ב"ב שהוכיח שם דהיכא שעדים ראו שזרק לה קידושין ולא ידעו אם קרוב לו או קרוב לה שאינה מקודשת, אפי' אם היא מודה שהיה קרוב לה, משום דהוה קידושין בלא עדים, דאם איתא דמהני בזה הודאה היכא שהיא מודה שהיה קרוב לה, א"כ לוקמי הגמ' דמקשה בקידושין (ס"ה א') באומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני דהוא אסור בקרובותיה והיא מותרת, דמקשה הגמ' למ"ד המקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין, דלמא מיירי מתניתין היכא שלעדים מספקא להו אם היה קרוב לו או לה, והוא אומר שהיה קרוב לה והיא אומרת שהיה קרוב לו, יעוי"ש בדברי התשו' הנ"ל, ואם נאמר שכל היכא שהדבר מסופק לעדים אינה נאמנת לברר הדבר על עצמה, א"כ לא יהיה ראית מהר"ם ראיה, דהא בזה לא תוכל לומר לא קדשתני, אלא ודאי שזה פשיטא ליה למהר"ם ז"ל שהיא מותרת אם היא אומרת שודאי לה שלא היה קרוב לה, ולכן הוכיח שפיר דאפי' אם היא מודה שהיה קרוב לה, אין זה קידושין מדלא משני הגמ' בכה"ג, וא"כ מבואר דעת מהר"ם שבכל כה"ג דהוה ספק פשיטא ליה למהר"ם שהיא מותרת, באומרת דלא הוה הקידושין כדין ולא הלו שהיה קרוב לו, ולכן הוכיח שפיר הוכחת ראיתו שבכה"ג לא תלו כלל אפילו אם היא מודה:

אמנם באמת בעיקר הדין שחידש מהר"ם, שהיכא שלהעדים הוה ספק ולא ידעו אם קרוב לה או לו, שאינה מקודשת אפי' אם היא מודה שהיה קרוב לה, שחשוב זה בקידושין בלא עדים, רבים מהראשונים חולקים על מהר"ם ב"ב בזה, וכאשר כתב הפני יהושע בקונטרס אחרון למס' קידושין בד"ה נתן הוא והמורה היא כו', שדעת הרשב"א והר"ן וכן הובא ברשב"א בשם ר"ח שמפרשים הא דאמרינן בכת אחת הוה ספיקא דרבנן (יבמות ל"א) לענין קידושין, מיירי שהעדים מסופקים בהקידושין אם היה קרוב לו או לה והסורה מספק, וה"כ אם הדין הוא שבמקום שלעדים הוה ספק היא נאמנת על עצמה, א"כ ישאר קושית מהר"ם לוקי שם הגמ' (קידושין ס"ה) דמיירי במקום שלהעדים הוה ספק, והיא אומרת ברי שלא קדשתני, היינו שהיה קרוב לו והוא אומר להיפך, אלא ודאי מוכח מזה שלשיטת הסוברים שהיכא שלהעדים מספקא להו בקידושין אם היה קרוב לה או לו הוה מקודשת מספק, אין היא נאמנת על עצמה להקל ע"י ברי דידה, ולכן א"א לאוקמי בכה"ג הא דהיא אומרת לא קדשתני, מ"מ א"א לומר שהיא ראיה ברורה משום שיש לומר דהגמ' משני באופן אחר נכון יותר, היינו כגון שהעדים הלכו למדינת הים. אמנם נראה לענ"ד להביא ראיה שבמקום שהוא ספיקא לדידן אינה נאמנת לברר היתירה ע"י ברי דידה גבי קידושין, הגם דלא אתחזק איסורא, מהא דאיתא בגמ' קידושין (י"ב ע"ב) דאמר רבא מנא אמינא לה כו' לאחר מתן מעות רצתה מקודשת לא רצתה אינה מקודשת מאי רצתה כו', אילימא רצתה דאמרה אין לא רצתה דאמרה לא, מכלל דרישא כי אמרה לא הוי קידושין, אמאי הא אמרה לא כו'. והנה באמת יש לדקדק היאך בעי הגמ' למימר בס"ד דרצתה דאמרה אין לא רצתה דאמרה לא, הא יהיה בזה סתירה מרישא לסיפא הדיוקים כמובן, ומצאתי בספר המקנה שמפרש דהסלקא דעתין היה כך שבאמרה אין הוה קידושין, ובאמרה לא לא הוה קידושין כלל, ובשתיקה הוה קידושי ספק ע"כ דבריו, ודבריו נכונים מאד לפרש כן הס"ד שבגמ', אך אם נאמר שבמקום ספק היא נאמנת לברר הדבר להיתר משום דע"א נאמן באיסורין במקום דלא אתחזק איסורא, א"כ יהיה סתירה להוכחת רבא בשתיקה לאחר מתן מעות, מהקושיא דאמרה לא נמי הוה קידושין אמאי כו', הא מצינן לפרש רצתה דאמרה אין לא רצתה דאמרה לא מיירי שאמרה לא לאחר כדי דיבור, שאם היא מודה שהיה רצונה בהקידושין בעת מעשה הוה קידושין ודאי, וסיפא דאמרה לא היינו שאומרת אחרי כדי דיבור, שבעת מעשה שאמר התקדשי לי בו לאחר מתן מעות לא היה רצונה בהקידושין, ולכן היא נאמנת, מפני שהיכא שבשתקה הוה ספק קידושין ולכן נאמנת א"כ לומר שלא רצתה בעת מעשה, ואילו ברישא בשעת מתן מעות, שאמר התקדשי והיא קבלה בסתם אינה נאמנת לאחר כדי דיבור שלא קבלה לשם קידושין, ומדלא מוקמינן בכה"ג, מכלל דפשיטא להגמ' דאם איתא דשתיקה לאחר מתן מעות עושה לספק קידושין כדבעי למימר לפי הס"ד, לא היה מועיל ברי דידה לאחר כדי דיבור והיתה אסורה מספק, ולכן א"א לפרש לא רצתה דאמרה לא לאחר כדי דיבור שאינה נאמנת במקום ספק ג"כ, כן נראה לענ"ד להוכיח מזה שבמקום שאסורה מספק אין מועיל ברי דידה:

ובנ"ד לענין דינא נראה לענ"ד שלא נעשה פלוגתא רחוקה על סברתו היסודה של הנו"ב, שבמקום ספיקא דלא אתחזק איסורא נאמן ע"א גם בקידושין, והוא שמדרבנן החמירו שלא סמכינן אברי דידה במקום שאסור הדבר מצד ספק, לולא אמירתה, וכי היכי שמצינו בשבויה שגם שע"א נאמן באיסור שבויה להתירה, מ"מ היא ובעלה אין נאמנים משום שאין אדם נאמן על עצמו, והוא מצד שמעלה עשו ביוחסין, וה"נ בענין אשת איש ג"כ חששו לחומר האיסור, היכא שאיתרע חזקת פנויה דידה ונעשה ספק לפנינו שלא נכנס ח"ו לחשש ממזרות, וע"כ אין נאמנת על עצמה להתיר במקום ספק. ועכ"פ במקום ספק ספיקא וברי דידה ודאי שראוי להתיר [וכדאיתא בכתובות (י"ד א') לר"ג אלים ליה ברי ולר"י אלים ליה ספק ספיקא, ולכן בהצטרפות שניהם ודאי שהוא יסוד להיתירא] וכן איתא בתשובת הגאון רע"א הנ"ל, הגם שכתב שמדברי הר"ן מוכח להיפך מסברת הנו"ב, מ"מ כתב שם הגרעק"א שסניף להיתיר נוכל לעשות מזה שהיא אומרת ברי, ולכן בנ"ד הנני מסכים לדעת כת"ר להתירה אחרי שיודיעו להבתולה חומר האיסור שתהיה ח"ו כל ימיה באיסור חמור אם היה כונתה בעת מעשה להתקדש לו, וכאשר אחרי האיום, תאמר שהיא לא רצתה אז להתקדש לו בעת מעשה שקידשה ע"י הקידושין שנתן לה, היא מותרת להנשא בלי פקפוק, כן נראה לענ"ד, אך לחומר

הענין

הענין רצוני שילטרף עוד רב מובהק שיסכים ע"ז ג"כ להיתר של הבתולה הנ"ל :

ומה שכתבתי בענין זה, בענין תוך כדי דיבור אמינא לפרש ולבאר הדבר, הגם שלענין קידושין אמרינן שאין בזה דין תוך כדי דיבור לחזרה, ואין יכולים לחזור ולבטל תוך כדי דיבור, כדאיתא בנדרים (פ"ז א' וב"ב קכ"ט ב'), אך זה הני מילי היכי שאמרה בפירוש שהיא מרוצית בהקידושין או שעשתה מעשה ברורה שגילתה דעתה שרוצה בקידושין, אז אין יכולה לחזור אפי' בתוך כדי דיבור, אבל במקום ששתקה ממילא מועיל בתוך כדי דיבור לגלות על תחלת המעשה שהיה שלא ברצונה להתקדש לו, וכן כתב החכם לבי (השו' סי' קט"ו) בפירוש, דהא דאמרינן בקידושין (ח' ב') נטלתן וזרקתן לאור או לים כו' דלא הוה קידושין וכן שם בשדתינהו קמיה דפשיטא להגמ' דלא הוה קידושין, דמיירי בזרקתן תוך כדי דיבור, ועיין בספר חוט המשולש בתשובת הגאון מוהר"ח זצוק"ל בסי' א' אות י"ג ודו"ק :

סימן ז

לכבוד ידידי גיסי הרב הגאון מוה"ר אליהו נ"י מו"ץ בוויטעבסק.

עז"ד שנשאלתי מאת כת"ר בעובדא דאתא קמיה שנשאל, ע"ד שנעשתה קידושין וחופה על תנאי שהיה כתוב וחתום במעשה ב"ד שלא תיזקק לחליצה, ואח"כ שבק א' לכ"ח בעלה הנ"ל אם יש לסמוך ע"ז להתירה, או שנעמול להשתדל שתתפשר אחרי אחי בעלה להשיג מאתו חליצה אולי יעלה לה זה, וקידושי תנאי הנ"ל נעשה אחרי שנתגרשה מבעלה ואח"כ חזרה ונשאת לו על תנאי כדי שלא תיזקק ליבום שלא תצטרך חליצה, וזה אשר כתבתי בזה בע"ה :

מכתבו השני מן כ"א שבט נכון הגיעני, ובגוף הענין הנני מסכים להיתירא בלא חליצה, כי בדבר שילא להלכה למעשה מאת גדולי גאוני רבותינו האחרונים, הנו"ב והח"ס ומהרי"ס מבריסק, אין לנו להחמיר יותר, וע"כ לדעתי אין צריך להחמיר עליה, מפני שאם נהדר לחזור אחר חליצה ואולי לא נספיק להשיג זאת יהיה עליה לעז, ע"כ אין נכון להחמיר עליה וגם בדור הזה נמצאים איזה שחליצה בעיניהם הוא פגם, לכן אין כדאי להחמיר בדבר שכבר יצא להיתירא, ועוד שנית מטעמא דידי שהוספתי במכתבי הקדום מחששא שאם אתה אומר חוללת מתייבמת, וכמו דאיתא ביבמות (נ' א') ובנ"ד שנתגרשה מקודם מבעלה ואח"כ נשאת לו על תנאי הרי היא גרושת אחיו מן הדין, מחמת שהקידושין והחופה שאח"כ נתבטלו מחמת התנאי, הגם שכת"ר דחה חשש זה בדברי טעם, מ"מ אבאר בע"ה שיש מקום לחוש לאיזה דיעות הפוסקים שהובא (בש"ך ביו"ד סי' ג') שטעם הפוסקים שחוששין להחמיר בספק טרפות בריעותא מחיים, משום דקיי"ל כאביי ורבא דפליגי ארבה וס"ל שבמקום שהיה ריעותא מחיים כיון דהוה אז עליה חזקת איסור אחר, מחזקינן מאיסור לאיסור, וא"כ שפיר יש לומר שבגוף סברת רבה במקום שיש חזקה להיתר אין לנו להחמיר, מטעם אם אתה אומר חוללת מתייבמת, ובנ"ד שהיתה גרושה מעיקרא והוחזקה אז באיסור ליבם והיתר לעלמא, ואח"כ כשנתקדשה על תנאי הוחזקה בתנאה שהיא אינה מקודשת אם ימות בעלה בלא ז"ק, ולא היה עליה מעולם שום איסור, וכש"כ שכל הפוסקים האחרונים הסכימו לדינא שהתנאי מועיל, והקידושין לא חלו מעולם עליה, וא"כ שפיר י"ל שלפי שיטת הפוסקים שטעמא דאביי ורבא הוא רק משום שמחזיקים מאיסור לאיסור, לפי שהיה ריעותא מחיים, וא"כ סברת רבה שאמר אם אתה אומר חוללת מתייבמת אפשר שאין חולק על זה :

ולכאורה קשיא אליבא דרבה, למה אמרינן ביבמות (ק"ט א') בקטנה שהשיאה אביה ונתגרשה וחזרה וניסאת שאסורה ליבם ומשמע שם שחליצה צריכה, והא התם ברור הוא שמן התורה היא אסורה ליבם, וממילא מה"ת אין צריכה חליצה, ואפ"ה מחמרינן להצריכה חליצה, ולא אמרינן אם אתה אומר חוללת מתייבמת ומ"ט לא מותיב מינה אביי לרבה, הן שלפי סברת כת"ר שרוצה לומר שבמקום שהיא פסולה לכהונה בלא"ה, והחליצה אין פוסלתה בזה אין מקום לגזירה שאם אתה אומר חוללת מתייבמת, הוה אתיא שפיר מהא דקטנה לפי שהיא גרושה גמורה מן הקידושין של אביה ופסולה לכהונה בלא החליצה, אלא שגוף הסברא לא נהירא לענ"ד לחדש מה שלא נמצא בגמ', ועוד קצת יש להעיר דא"כ מאי פריך בגמ' מהא דנפל הבית עליו ועל בת אחיו דקתני חוללת, ולא אמרינן אם אתה אומר חוללת מתייבמת, הלא הגמ' מצי לשנויי דשם איירי דהיתה גרושה מקודם, ודינא קמ"ל מתניתין דמשכחת לה ספיקא שמחמרינן, דחשוב שם ביבמות (ס"ז ב') במשנה תלתא דינים ספיקות שמחמירין מצד הספק. אמנם באמת נראה לענ"ד שאין קשה מעם לרבה, שבמקום שיש לדון ע"פ שורת הדין להצריכה חליצה, וממילא אם לא נתירה בחליצה תישאר עגונה, ודאי לא הקילו בלא חליצה ולא חששו להא דאם אתה אומר כו', רק במקום שע"פ הדין שריא כמו במקום שיש חזקה להיתירא, הגם שראוי להחמיר מצד הריעותא שהורעה ע"י איזה מעשה המספק לנו, בזה סבר רבה שלא מחמרינן מטעם שאם אתה אומר חוללת מתייבמת, ומעתה א"ש בקטנה שנתגרשה מקידושי אביה והחזירה משום שיש עליה קידושין דרבנן, דתקינו רבנן קידושין לקטנה וממילא היא זקוקה ליבם מדרבנן, ולכן א"א להקל בלא חליצה, אמנם בנ"ד שע"פ הרמ"א וגם עוד יצא מגדולי רבותינו האחרונים הגאונים למעשה להיתירא, ודאי שאין ראוי לחוש להחמיר בחליצה לחוש לדעת רבה. וגם מש"כ כת"ר באות ד' שבנ"ד אין חשש דאם אתה אומר כו' דמאי חששא יש כאן, לענ"ד שפיר יש כאן לחוש שיאמרו קמו רבנן בה שמחלה ובטלה התנאי ונתקדשה לבעלה בביאה שלא תהא בעילת זנות :

והנה כת"ר חושש בזה לדעת הגאון ר' יונתן ז"ל, שהצריך שהאשה תשבע שלא לבטל התנאי, ונראה מדברי כת"ר שרוצה לחוש לפ"ז גם בדיעבד, שכבר נעשה התנאי בלא שבועתה שניחוש שמא ביטלה התנאי, ובאמת נראה מצד הסברא הישרה שאף הגאון מהר"י ז"ל שהצריך שתשבע שלא תבטל היא, מפני שחוששים שמא תבטל היא שלא יהיה ב"ז, הוא רק לכתחלה וכענין שמא ימות חיישינן, ובכדי להסיר מכשול ח"ו שיכול להיות, אבל בדיעבד שכבר נעשה התנאי בלא שבועתה [וגם אם היה בלא שבועתו] אין לנו לחוש שמא ביטלו התנאי ומוקמינן אחזקתו של התנאי שלא נתבטל, ואין דומה להא דקדשה על תנאי וכנסה סתם שחוששין בדיעבד ג"כ שמא ביטל התנאי, זהו מצד שאמדינן אומדנא של סתם בני אדם שאין רוצים בבעילת זנות, ולכן חוששין שמעולם לא היה דעתו לבעול על תנאי, ורק כוונת תנאו היה רק על הקידושין היינו עד שיכנסנה, אבל בנ"ד שהתנו על הביאה גופה וא"כ שמתחלה גילו דעתם שניחא להו בתנאי זה גם על הבעילה, ולא איכפת להו לאיסורא דב"ז על הספק, מסתברא לומר שמספק אין לנו לחוש לביטול, ומוקמינן התנאי בחזקתו שלא נעשה השתנות אללם לבטל התנאי :

אמנם יש לדקדק על זה מהא דאיתא בכתובות (ע"ג ע"ב) דמקשה הגמ' למ"ד שבטעות אשה אחת [הוא קדשה על תנאי וכנסה סתם] דברי הכל אין צריכה גט מהא דסריני בועלך על מנת שירצה אבא, דת"ק אמר אע"פ שלא רצה האב מקודשת, ור"ש פליג ואמר אם רצה האב מקודשת ואם לאו אינה מקודשת, והא הכא דטעות אשה אחת ופליגי, ומשני דפליגי

דפליגי בפירושא דע"מ שירצה, וא"כ למאי דקיי"ל דיצא שגם בטעות אשה אחת פליגי, וכדפסקינן דהמקדש על תנאי ובעל צריכה גט, לא נצטרך לשנויי דחיקי שהפלוגתא היא בפירושא דע"מ שירצה היאך הוא כוונת לשון התנאי, וכאמר דטעמא דת"ק משום שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ובאמת העירו הראשונים בשמ"ק שם, דמתוספתא משמע ג"כ הכי שמוסיף שם בטעמא דר"ש משום שעל דעת ראשונה הוא עושה, וא"כ מוכח מזה דסברינן שגם שגילה בדעתו שרוצה לבעול בתנאי ולכנס לספק בעילת זנות, אפ"ה אמרינן שחזר מדעתו הראשונה וגמר ובעל לשם קידושין, ואף בדיעבד חיישינן לזה. מיהו מדברי הג"א שם בהמדיר מוכח ומבואר שם שבהתנה בפירוש על הביאה, שאם לא יקיים התנאי לא יהיו הקידושין חלין, מהני זה אף לפי המסקנא, וא"כ מוכח מזה שגם לפי המסקנא נצטרך לשנוייא דהא דע"מ שירצה אבא. מיהו יש לומר בשיטת הג"א דהברייתא דהריני בועלך ע"מ שירצה אבא, דתלי הגמ' בהא אם בטעות אשה ג"כ הוה הפלוגתא, יש לומר דמיירי דלא כפליה לתנאי' דאם לאו לא תהא מקודשת, רק בסתמא אמר ע"מ שירצה אבא, וסובר דע"מ אין צריך לכפול, רק משום שבסתמא אמרינן דכוונת תנאו הוא רק לענין הכתובה, ולכן היא מקודשת בכל גוונא, ומאן דאמר שבטעות אשה אחת לא פליגי כיון שהוזכר תנאו אכולה מלתא קאי, ובאמת מסתבר לשנויי הכי, שזה קשה מאד מצד הסברא שאף בגילה דעתו בפירוש שרוצה לבעול על תנאי, אפ"ה נאמר שאין אדם עושה בב"ז וגמר ובעל לשם קידושין ודעתו נשתנה ממה שאמר מקודם :

עוד נראה לענ"ד שגם אם נאמר דהגמ' מתפרש כפשטא, מ"מ מסתברא לומר שזה יהיה תלוי במחלוקת הראשונים המובא ברא"ש פ' המדיר, בהא דהמקדש על תנאי ובעל סתם אם הא דצריכה גט הוא בודאי, כמו בהא דהמקדש קטנה וגדלה אצלו, או שהוא רק קידושי ספק, ולכן נראה לענ"ד שאם נאמר שגם במקדש על תנאי ובעל הוה קידושין ודאי, משום שזה ברור מצד הרוב גמור שאין אדם עושה בעילתו ב"ז, ואין רוצה לכנס בספק על הביאה, אין סברא לומר שגם אם התנה מעיקרא בפירוש על הביאה שתהיה על תנאי, שיהיה בו ג"כ קידושין ודאין, שהרי גילה דעתו שהוא יצא מזה הכלל ורצונו לכנס בספק בבעילתו, ע"כ בזה יהיה הדין שאין חוששין בדיעבד לשינוי דעתא, אך מאן דסבר שבקדשה על תנאי ובעל סתם הוה ספק קידושין, וכמו שכ' הה"מ (בפ"ז מהל' אישות) שדעת הרמב"ם כן הוא, שפיר יש לומר שכיון שחיישינן לספיקא חיישינן גם באמר בתחלה בפירוש שרוצה לבעול על תנאי שמא נשתנה דעתו ולא רצה לבעול ב"ז, ולכן שפיר יש לומר בשיטת הג"א שסובר דהס"ד דהגמ' דמקשה מהא דהריני בועלך ע"מ כו' אולא לפי מה דאמרינן שהוא רק מספיקא, וכדאמר רבא תנא ספוקי מספקא ליה, אבל למאי דאמרינן הני תלתא הלכתא „המקדש ע"ת, בפחות משוה פרוטה, ובמלוה" וכי היכי דהתם הוה קידושין ודאין, ה"נ בעל תנאי ובעל, וא"כ במתנה בפירוש אין חשש בזה. — וכיון שאין כאן לדון חשש רק מצד הספק, בזה יש לצרף סברת כת"ר שהיכא שגילוי דעת שלה היה חזק מאוד, עד שהיתה רצונה להתגרש מקודם בשביל זה שיהיה הכל על תנאי, והוא נשבע ג"כ שלא ישתנה דעתו, אין לנו לחוש בדיעבד לשמא בטלה היא התנאי משום חששא דב"ז, ובפרט שבנ"ד יש עוד ספק מצד שהיבם הוא עוזב דת וכדעת הגאו' שאין זיקה לעוזב דת, ועיין בשיבת ציון (סי' ע"ג) :

ע"ד נראה להוסיף טעמא להיתירא, והוא שענין הסברא דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, יש לומר מתרי טעמי. א) מצד שזה חמור על האדם איסור של ב"ז. ב) מצד הבזיון שמבוזה הדבר שהיה בזנות, וא"כ בנ"ד שעשה תנאי בכדי לפטור אותה מן החליצה אין לומר מצד חומר האיסור שיחושו הבעל והאשה ויבטלו התנאי, הלא כיון שנעשה זה בהסכם רבנים למה יחושו להאיסור, ומצד טעם הב' משום שבזיון הוא לאדם, נאמר דאימתי נחשב בזיון, הוא בתנאי שאפשר שיתבטל בחייהם ויפרשו זא"ז בלא גט, שניכר לכל שהיה אצלם מעשה זנות, אבל בתנאי שמתנה לפטור מן זיקת היבום שבחייהם א"א להם שיפרשו זא"ז בלא גט, רק לאחר מיתה שכל הנשים מותרות לאחר מיתת בעליהם, בזה אין להחשב לבזיון, לא מיבעיא אצל הבעל שאצלו לא יהיה זמן שיתברר מביטול הקידושין, אלא שגם אצלה אין בזיון מה שיוצאת בלא חליצה שאין ניכר לעולם שהיה זנות, וסעד לסברתי שעיקר הענין שאין אדם עושה בעילתו ב"ז הוא מצד הפרישה בלא גט, נראה להבין מטעמא דב"ש ביבמות (ק"ז א') שסברי שאין ממאנין אלא ארוסות דאמר שם בגמ' משום שאין אדם עושה בעילתו ב"ז וכו', והלא נישואי קטנה תקינו רבנן, והם תיקנו שיועיל מיאון, אלא וודאי שכל שנפרשים בלא גט זהו הבזיון של זנות, מכל הלין טעמי מצלי יש לסמוך להתיר שלא נצריך לחפש אחר חליצה מהעוזב דת שהוא ודאי דבר קשה :

ומדי עברי בענין זה קשיא לענ"ד על הגאונים הנו"כ והאח"ס שכתבו בנוסח התנאים שהותנו לחלות הקידושין, שאם יחלוץ לה היבם תוך שנה אחר מיתת הבעל יהיו חלין הקידושין, והנה על יבום לא הותנה וזה כלל במשפטי תנאים שאין מתקים המעשה רק באופן שהותנה שעי"ז יחול המעשה, ואין הולכין אחר האומד, וזהו שאין מועיל אונס לענין קיום התנאי במעשה, במקום שלא נתקים התנאי במעשה, וא"כ אם לא יחלוץ לה רק שייבם אותה ודאי שיהיו הקידושין בטלין למפרע ולא יהיה עליה חלות היבום, ואין לה מציאת היבום, וכל שאין עולה ליבום אין עולה לחליצה, ולא תהיה חליצה כשרה, וזה יהיה תלוי במחלוקת הראשונים, היכא שהמגרש התנה ע"מ שלא תבעלי לפלוני, ואח"כ נשאת לאחיו של זה שהתנה עליו ומת ונפלה לפני האח הנ"ל, שדעת הרשב"א בחידושיו ריש יבמות שצריכה חליצה ומהניא לה חליצתו וזה לא מיקרי אין עולה ליבום, שמלתא אחריתא גרם לה יעוש"ה. אמנם דעת הרמב"ן וכן דעת הריטב"א לא כן הוא, רק שבכה"ג לא צריכה חליצה משום שאין ראויה ליבום, א"כ בנ"ד אם הוא מתנה על החליצה שבזה יחול הקידושין למפרע ועל היבום לא התנה אין עולה ליבום, א"כ גם החליצה אין כשרה, ומה הרויחו בתנאי החליצה, ואפשר לומר שהרויחו בזה שלדעת הרשב"א נפטרת בהחליצה והקידושין יחולו למפרע, ולהרמב"ן והריטב"א כיון שא"א לחול החליצה מפני שאין עולה ליבום ולא הוה חליצה כשרה, וממילא נבטלו הקידושין למפרע. — ולכאורה יש לחוש כיון שהתנה בתנאו על חליצה כשרה בתוך י"ב חודש, והוא בלתי אפשר לפי שאין עולה ליבום, וא"כ הוה תנאי שא"א להתקיים, וכל שהתנה תנאי שא"א להתקיים קיי"ל דתנאו בטל והמעשה קיים, ויש לחוש שהקידושין יחולו גם כשלא נתקים התנאי, אך י"ל שאימתי אמרינן בתנאי שא"א להתקיים שתנאו בטל הוא רק אם אין כאן רק אותו התנאי לבדו, אבל כשיש עוד תנאי שאפשר להתקיים והמעשה ראויה לחול ע"י התנאי שאפשר לקיימו, לא איכפת לן בהוספת תנאי עוד שא"א להתקיים והוה כמאן דליתיה. אך עוד נתישבתי שמה שהתנה אם יחלוץ לה חליצה כשרה לא הוה זה תנאי שא"א להתקיים, דהא אפשר שתהיה חליצה כשרה אם יקדשה אותה עוד על תנאי של יבום ג"כ ואז תהיה החליצה כשרה, וכיון שיש מציאות שהתנאי יכול להתקיים, כל זמן שלא נתקיים התנאי ממילא הקידושין בטלים למפרע, אך עכ"פ לדעת הרמב"ן והריטב"א אין שום תועלת בתנאי שעל החליצה, ותמה אני על הגאונים הנ"ל שלא העירו זה, ולכתחלה ראוי לתקן להזכיר היבום ג"כ בתנאי חלות הקידושין, ובאופן זה תהיה חלות הקידושין ע"י החליצה נכון, ודו"ק :

סימן ח

עוד בענין הנ"ל:

במש"ב כת"ר במכתבו מן כ"ו שבט, שהג"א כו' העיר על דבר העובדא הנ"ל מחשש אונס, משום שילטרך להן מעות הכתובה כאשר יגרש, והוה זה אונס ממון, וע"כ מסתפק אולי לא יהיו הקידושין בטלים מפני שלא קיים תנאו הוא התנאי לגרשה קודם מותו, מפני שזה היה מחמת אונס, וכתר"ה כתב ע"ז דברים ברורים וישרים שאין ע"ז שם אונס כלל, אך לבד זה אני מתמיה עליו אפילו לפי דעתו שיחשוב זה אונס ממון, מ"מ אונס זה גלוי היה מתחלה וכבר אמרו (נדרים כ"ז ב') אונסא דמגליא שאני, ובכתובות אמרינן בזה אונס דשכיח שאני, ואף אם היה נעשה אח"כ שאין לו במה לפרוע אמרינן בירושלמי הביאו הר"ן (נדרים דף כ"ה ע"ב) שעניות שכיחא, ולא מיקרי זה אונסא דלא שכיחא, וא"כ גם אם נאמר שבקידושין יש טענת אונס, אמנם במידי דשכיחא שלא יהיה לו ממון לשלם הכתובה, ובפרט שנתינת הכתובה אין מעכב הגירושין רק יהיה זה עליו חוב, וא"כ לא מקרי זה אונס כלל מה שלא גירשה, מפני שילטרך לשלם הכתובה. — ולפי דעתו של המעורר לחוש חשש אונס על מה שלא נתקיים בנתינת הגט, היה לו לחוש חשש אונס מפני שאירע לו שנעשה סומא והעני ואין לו מי שישמשנו, והוא כענין שאמרו (נדרים כ"ה) וחלה בנו, הגם שהוא בעצמו יכול לבוא לסעוד אללו, מ"מ כיון שיש עיכוב אללו מסיבת אונס שדרכן של בני אדם להתעכב עבור זה, מיקרי זה אונס, וה"נ סיבת עיכוב הגירושין שאין לו מי שישמשנו ולאדם שנעשה סומא, הוא עיכוב מלגרש הנעשה מסיבת אונס, ושפיר יש לחשוב זה אונס. — אך באמת לענ"ד אין לחוש בזה לאונס בתנאי שלא נתקיים, וכמו שהאריך כת"ר, שכן נקטי כל האחרונים, שביטול קיום תנאי ע"י אונס לא מיקרי זה נתקיים התנאי, ועיין (תשו' ח"ס ח' חו"מ סי' א') שהאריך ג"כ בענין זה:

עוד אוסיף בעמין זה הנה בעלם סברת ענין טענת אונס בתנאים, שהגמ' מדקדק בזה (ריש כתובות ובנדרים כ"ז) אם ניזול בתר לשון המתנה שהתנה מפורש בתנאו שאם לא יבא יהא גט ואם יבוא לא יהא גט, מה לנו אם היה אונס, מ"מ ע"פ דבריו אנו צריכים לדון, אלא ענין הסבר הדבר הוא שמלד אומדנא ברורה של דעת בני אדם ומסיבת הענין הגורם לתנאי שנעשה ביניהם, כגון בהא דאם לא באתי גבי גיטין, שמלד שהלך ממנה וחשש עליו שיעגנה, ע"כ נתן הגט והתנה שאם לא יבא עד זמן פלוני תהיה מגורשת, מפרשים אנו כוונת דבריו שמה שאמר אם לא באתי, שמלידו יהיה העיכוב שלא יבוא, ולכן אמרינן שם בכתובות שגם אם יש טענת אונס בגיטין, מ"מ במת אמרינן שמיקרי זה נתקיים התנאי ולא חשיב אונס מפני שניחא ליה שלא תיפול קמי יבם, הגם שלכאורה יש לדון מה לי דניחא ליה דלא תיפול קמי יבם, הא מ"מ מחמת אונס נתקיים התנאי, וצריך לומר דאנו אומרים כיון דניחא ליה שלא תיפול קמי יבם, ככלל בלשון תנאו שגם אם לא יבא מטעם זה מאונס מיתה ג"כ מגרש אותה, ועיין רש"י שם, וא"כ בנ"ד כיון שכל התנאי היה כדי שלא תיזקק ליבום, א"כ כשמתנה אם לא יתן לה גט קודם מותו, כוונתו ג"כ בכל גוונא שלא יתן לה גט מתנה שלא יחולו הקידושין כדי שלא תזקק ליבום, וא"כ נראה שבנידון כזה, גם לריש לקיש שבירושלמי, אין לחוש למה שהיה באונס במה שלא נתן גט קודם מותו:

עוד אוסיף לחזק הדבר שאין כאן חשש מטעם אונס, ומקודם אכתוב מה שכבר כתבתי במס' כתובות, בהא דאמרינן טענם אונס בקיום התנאי, פירש"י (שם ג' א') הא דאמר שם בגמ' ומי איכא מידי דמדאו' בטל גיטא ופירש"י שמלינו טענת אונס מה"ת שנאמר ולנערה לא תעשה דבר, והוא לשון הגמ' (נדרים כ"ז א') אמר ליה רבה אונס הוא ואונס רחמנא פטריה שנאמר ולנערה לא תעשה דבר, ובאמת הוא לריך ביאור הדמיון דמדמי שם הגמ' קיום התנאי באונס, להא דרחמנא פטריה באונס, דזה ודאי אם היה מסיק אדעתיה אונס, ואפ"ה מתנה תנאי זה הלא לא איכפת לן מה שהוא אנוס, וכמו דאמרינן גבי אונס דשכיח אף שהוא לועק חזו דאתאי, לא אמרינן בזה אונס רחמנא פטריה, משום כיון שמקודם לא היה אנוס בעת שנתן גיטו ונתרלה על כל אופן שהוא שכיח ולא יבא יהא גט, והא דאונס דלא שכיח מבטל המעשה שהתנה על תנאי זה כשנתקים ע"י אונס דלא שכיח, משום דאמדינן דעתו שהיה כוונתו בעת שהתנה כשיתקיים הדבר ע"י רלונו ולא ע"י אונס, ולכן כשנתקיים ע"י אונס נחשב זה לא נתקיים תנאו, וא"כ ל"ע מאי מקשה רבה לרב הונא דאמר אונס אין מבטל לקיום התנאי מהא דאונס רחמנא פטריה, הא ע"כ רב הונא שסובר דגם באונס חשוב נתקיים התנאי, הוא סובר שבכלל תנאו שאומר אם לא באתי בכל גוונא הוא בין שיהיה ברלונו בין שיהיה אפי' ע"י אונס, משום שלא פירש אם לא יבא ברלונו, וא"כ לסברת רב הונא דנחשב זה נתקיים תנאו, מה שייך ע"ז להקשות אונס רחמנא פטריה הא בעת שעשה המעשה על תנאי זה אז עשה ברלונו, ולסברת רבה דסבר שכוונת האדם המתנה על דבר הוא אם יהי' נעשה ברלונו דוקא, וכל שלא נעשה ע"י רלונו הלא לא נתקיים תנאו, גם אם התורה לא היתה פוטרה באונס, מ"מ הא תנאו לא נתקיים והיאך יחול המעשה שהתנה על תנאי שלא נתקיים, ומאי הוא כוונת רבה בקושיתו מהא דולנערה לא תעשה דבר:

והנראה לענ"ד בעומק כוונת הגמ' משום דקרא דולנערה לא תעשה דבר מיירי בכל גוונא גם אם היה ע"י מעשה שמוזהרת ע"ז בגילוי עריות, שתיהרג ואל תעבור או באופן שהיה סופה ברלון שבאמת אסורה להיות גם סופה ברלון על דבר העברה של האיסור ערוה, ומ"מ כיון דאונס גרם לזה פטרתה התורה מעונש, וא"כ חזינן שכל משפטי התורה, כוונת התורה באם שיעבור ברלון דוקא יענש, ולא כשיעבור ע"י אונס, ולכן הכי נמי נאמר בסתמא דמלתא כל שאדם מחייב עלמו באיזה דבר שיעשה, הוא מחייב עלמו באופן אשר התורה מחייבת ולא יותר, ואם משום שהתנה סתמא ולא פירש באם שלא יבא לרלונו, ע"ז נאמר משום שלא אסיק אדעתיה, ובודאי אילו היה מסיק אדעתיה היה מתנה שבאופן כזה לא יחשב לקיום התנאי שיחול המעשה מחמת זה, ונמלא שכל הוכחת רבה שהקשה לרב הונא ודייק מקרא, הוא רק להוליא לנו את כוונתו, שבודאי לא אסיק אדעתיה אם יתקיים התנאי ע"י אונס. — והנה שם בנדרים בתר הכי קאמר וכ"ת קטלא שאני כו', ולכאורה ל"ע הא בכל משפטי התורה אונס פטור גם בממון וכדאיתא בב"ק (כ"ח ב') יעו"ש, אך למש"נ אתי שפיר שמכל משפטי התורה אין ראיה ממה שנפטר באונס כיון שלא עשה דבר למה יענש, אך עיקר ראית רבה הוא מקרא דולנערה כו' דמיירי גם שעברה ולא עשתה כתורה, שהיתה מחויבת למסור נפשה ולא תעבור, ואפ"ה פטורה מעונש מפני שזה בא מחמת סיבת אונס, וכן נאמר במה שאדם מחייב עלמו ג"כ בכה"ג הוא, וע"ז דחי הגמ' קטלא שאני, דאין דומה חיובים אחרים לחיוב מיתה, ולכן אפשר שסתמא אדם מחייב עלמו בכל גוונא, עד דמסיק הגמ' ומוכיח מן דיני תנאים גופא בהא דנדרים, שאמרינן שבסתמא אין כוונת אדם באם שיקוים ע"י אונס, ומה שהתנה סתמא משום דלא אסיק אדעתיה:

עוד כתבתי שם בכתובות (ב' ע"ב) דמדייק הגמ' מהא דמעכשיו אם לא באתי לסוף י"ב חודש ומת תוך י"ב חודש

חודש הרי זה גט, מת וה"ה לחלה, ומשני דלמא מת דוקא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם, ולכאורה יש לדקדק למה להגמ' בהס"ד למידק דאין אונס מדקתני מת וה"ה לחלה, הא ממת גופא נוכל לדייק שאין אונס דהא אין לנו אונס גדול ממיתה, ואמרתי לתרץ דהגמ' בס"ד שממת בעצמותו אין לדקדק דין זה דאין אונס משום שבתנאו אמר מעכשיו, ע"כ כונתו כדי שאם ימות באמצע הזמן יהיה הגט חל למפרע ולא יהיה גט לאחר מיתה, כי זה לא מסתבר לומר שחשש שמא יתקרע הגט, וא"כ מסתמא אסיק אדעתיה חשש מיתה ג"כ, ממילא חזינן שאם ניחא ליה לגרש גם אם עיכוב ביאתו יהיה ע"י אונס, ממילא ה"ה באונס אחר, וזהו דקאמר הגמ' מת וה"ה לחלה, ולפי זה הס"ד נימא, דרבא דאמר אין אונס בגיטין בכה"ג אמר כשנותן גט מעכשיו ומטעם זה הוא, שמדאמר מעכשיו משום חשש מיתה ממילא ה"ה אונס אחר, ומשני הגמ' לא מת דוקא דניחא ליה דלא תיפול קמי יבם, ועיין רש"י שכתב בד"ה דלמא מת דוקא, „משום דכל עצמו שכתב לה גט מחמת כן כתב שאם ימות יהיה גט למפרע, ובהאי אונסא ניחא ליה, אבל באונסא אחרינא לא כו'" ויש להבין מש"כ רש"י שכל עצמו שכתב לה גט מחמת כן כתב, מאין ידוע לנו זה, דילמא כתב לה גט כדי שלא תתעגן כשילך וישהה זמן רב, ונראה דכונת רש"י אהא שאמר מעכשיו, משום חשש מיתה הוא, דאי משום שלא תתעגן היה די גם בלא מעכשיו שאחר כלות י"ב חודש אם לא יבא תהיה מגורשת, ומדהוסיף מעכשיו מוכח שהיה כונתו גם משום חשש מיתה שלא יהיה גט לאחר מיתה שלא תיפול קמי יבם, ואף דנחית לאונס זה, מ"מ באונסא אחרינא שאין שם טעם זה אמרינן סתמא שלא היה דעתו על זה:

ומבל זה שכתבתי יצא מדברינו שמהא שמקשה רבה לרב הונא בנדרים אונס רחמנא פטריה, ורש"י הביא זה בכתובות (ג' ע"א) שזהו הטעם שמדאורייתא יש טענת אונס, שמוכח מזה הדבר שאומדן דעתו שאדם אין מקבל לקנוס עצמו או לגרש, רק כשעושה הדבר שלא באונס, וממילא במקום שאין עושה זה החיוב על עצמו משום שיעשה שלא כהוגן להשני, אין שייך טעם זה ובכל גוונא נידון כפי לשון תנאו, בקיומו או בביטולו של התנאי כפי מה שאמר סתמא בלא שום חילוק, עוד מוכחינן שמה שניכר מדבריו שעושה שלא תיפול קמי יבם שהוא ע"י אונס, ה"ה גם בשארי אונסין ג"כ רק שיהיה שם ג"כ טעם הזה, ממה דאמרינן בגמ' מת וה"ה לחלה, וכמו שכתבנו מקודם שמשום שמוכח מתנאו שחשש לשמא ימות, ה"ה שארי אונסין, ומה דמסקינן מת דוקא הוא משום שבחלה אין שם הטעם שלא תיפול קמי יבם. — ומעתה ניחזי אנן בנ"ד גם לדעת ריש לקיש שדן טענת אונס גם על ביטול התנאי, נראה שמסתבר לומר שרק במקום תנאי כעובדא דשם, שאמר אי מטי יום פלן כנסתיך ליבטלו הקידושין, שהוא כעין קנס על הטול שיעשה לה שלא יכנסה לזמן המודובר, אבל בנ"ד שכל התנאים המדוברים לבטל הקידושין, היינו אם אחיו לא יחלוץ, ואם תישאר אלמנה אחר מות בעלה בלא ז"ק, וכן אם אחיו ישאר אחר מותו, הלא כולם אין נעשים ע"י רצון בעלה שלא בצדק, וכן תנאי זה שאם לא יפטרה בגט קודם מותו הוא ג"כ מלוי שלא יהיה ע"י פשיעתו, שימות בלא שיודע לו מקודם ולא יספיק לתן לה גט, וכיון שבהתנאים שהתנה נכללים הרבה ענינים שיבואו ע"י אונס ג"כ, ואפ"ה התנה תנאו לבטל הקידושין שלא תיפול קמי יבם, ממילא נאמר גם מה שיהיה לו סיבת אונס שלא יהיה אפשר לו לגרשה, מסיבת שנעשה שוטה או נתחרון מצות נתינת הכתובה, ג"כ נכלל בזה שלא תיפול קמי יבם:

עוד אוסיף דברים בביאור דברי הירושלמי (גיטין פ"ז הל"ו וקידושין פ"ג הל"ב) באומר דאין אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עליך כלום כו' דפליגי ר' יוחנן ור"ל בענין אונס יעו"ש, וקאמר שם על דעתיה דר"ל „אין צריך למיעבד ואין אתא יום פלוני ולא כנסתה לי לא יהוי לי עלך כלום". והנה בביאור דבר זה מה נתקן שבאופן זה לא יהיה על זה טענת אונס גם לריש לקיש, הנה הפני משה מפרש שהכונה היא שהיא ג"כ תתנה שאם יבא יום פלוני ולא תכנוס אותי לא יהא לך עלי כלום, והוא דחוק מאד שאין כאן משמעות בירו' שכל ההשתנות הוא מה שהיא ג"כ מתנה, ועוד שהוא מפרש ולא כנסתה לי שהיא מתנה שלא יהא לך עלי כלום, ואלו לפנינו הגירסא לא יהוי לי עלך כלום: ופירושו של הקרבן עדה ג"כ קשה שהוא מפרש ולא כנסתה לי שהיא לא תרצה בנישואין, ולכן בעת שאירע אללו אונס היא תאמר שהיא אינה רוצה והוא באמת דחוק וקשה, הא בעת שהיא מחכה עליו היא אומרת שמרוצית ואח"כ כשיחלוף היום ולא יבא ע"י אונס, מה מועיל שאח"כ תאמר שהיא לא תרצה בו אחרי שלר"ל אונסא כמאן דעביד וכבר חלו הקידושין:

ולענ"ד נראה לומר שביאור הירושלמי הוא לפי מה שהקדמנו לעיל בדברינו בסברת טענת אונס, מפני שאנו דנין שכונת המתנה באם שיעשה הדבר ברצונו ולא יהיה ע"י אונס, והכי נמי סבר ריש לקיש גם בהתנאי מביטול להקידושין הוא ג"כ דין זה, כיון שעשה מעשה הקידושין ורק התנה אם לא יכנוס אותה לזמן פלוני המוגבל, ואמר בלשונו אם לא כנסתיך ליום פלן, כוונתו שהוא לא יכנוס אותה לזמן פלוני והמניעה תהיה מצדו ומסיבת שרצונו עיכב מלישא, ואם הוא יבא לכנס אותה לזמן פלוני והיא תמנע מלהכנסא לו בזה האופן ודאי דהוה קידושין, ולכן סבר ריש לקיש דבכה"ג גם אם היה עיכוב מסיבת אונס זה לא מיקרי אי לא כנסתיך, הגם שמתחלה הוא בהן של הקידושין שאמר שמקדשה ע"מ שיכנסנה לזמן פלוני, וא"כ לכאורה גם שנעשה העיכוב ע"י אונס מ"מ הא לא קיים תנאו, מ"מ סובר ריש לקיש שאנו מדייקים בסוף לשונו היינו האם לאו שלא יהיה קידושין, דעיקר מטרת התנאי הוא למעט שלא יהיה קידושין כשלא יתקיים שזהו הלאו של התנאי, ובזה דנין שסתם כוונת האדם שיהי' נעשה המניעה מרצונו ולא ע"י אונס, אבל כשאירע אונס ועבור זה היה המניעה שלא כנסה לזמן פלוני בזה יהיה כמו ראש דבריו שיהיו הקידושין וזה קאמר ר"ל אונסא כמאן דעביד, אבל ר' יוחנן סבר שמדייק ההן של הקידושין שהוא דוקא אם יתקיים שיכנסה לזמן פלוני, וכל זמן שלא נתקיים מאיזה סיבה שתהיה לא הוה קידושין, מ"מ יכול להיות שזה יודה גם ר' יוחנן שאם שהוא בא לכנוס רק היא עיכבה שלא רצתה להנשא, בזה אפשר דהוה קידושין שכוונתו הוא אם יבא לכונסה שהוא יהיה מוכן ע"ז לכנוס אותה. — וע"ז אמרינן שם בירו' שאיך יכול לעשות שלא יהיה טענה, אם שיכתוב בהתנאי אם יבוא זמן פלוני ולא כנסתה לי פירושו שלא תהא כנוסה בזמן פלוני, שנכלל בזה בכל גוונא בין שהמניעה תהיה מצידה או מצידו בכל אופן, רק אם לא תהיה כניסה ביום פלוני יהיו הקידושין בטלין, ובאופן זה גם אם באונס היה העיכוב שלא כנסה הבעל לזמן המוגבל בהתנאי אמרינן שג"כ בטלה הקידושין, דכיון שלא תלה הדבר ברצונו לבד, בזה אין שייך טענת אונס, וזהו הנראה לענ"ד בביאור דברי הירושלמי:

מעתה רואין אנו שדעת הירושלמי שגם אליבא דר"ל כיון שאין תלוי הדבר בו לבדו אין כאן טענת אונס כי מטרת התנאי הוא רק עצם הדבר שתפלס בקיום התנאי, וה"נ בנ"ד שהוא התנה שאם לא תתגרש קודם מותו, ואח"כ תשאר בלי ז"ק ואחיו יהיה קיים אז הקידושין בטלים, ולפ"ז הלשון גם אם המניעה תהיה מצידה שהיא לא תרצה לקבל ג"פ ומחמת זה לא תתגרש, ג"כ הקידושין בטלים, א"כ ממילא אין כאן שום חשש מטענת אונס גם אליבא דר"ל

דר"ל, ולכן נראה בנ"ד שגם אם נחוש לדעת הסוברים שהוא ספק אם הדין כר' יוחנן או כריש לקיש בזה, מפני שר"י חש ג"כ להא דריש לקיש, מ"מ לענין נ"ד אין לחוש כלל ודו"ק:

סימן ט

נסתפקתי בדין אשת איש שנשאת במזיד לאחר. היינו שהיא ידעה שיש לה בעל ואמרה שהיא פנויה או שהיא מגורשת ואח"כ נודע הדבר, האם צריכה מהשני גט או שתצא מהשני בלא גט.

הנה מצינו שבבאה"ט (בסי' י"ז ס"ק קס"ז) הביא בשם הרל"ח לענין אם הולד ממזר מהשני לאחר גירושי ראשון מדרבנן, שכתב שדוקא באשה שהלך בעלה למדינת הים והלכה ונשאת בטעות שקנסו חז"ל מפני שלא דייקא, אבל במקום שנשאת במזיד לאיש אחר ואח"כ גירשה הראשון, הוה זה כמו זנתה מהשני בעודה היתה אשת איש, שאז אחר גירושין שאין עליה רק איסור סוטה לבועל, אז אין הולד ממזר ע"כ דבריו שם, ולפ"ז כיון שדעתם שחומר שהחמירו על האשה בי"ג דברים הנאמרים במשנה ריש האשה רבה (ביבמות ובגיטין דף ע"ט ודף פ') הוא רק על הנשאת בטעות, רק משום שפשעה שלא דייקא החמירו עליה בכל הי"ג דברים, אבל במקום שהיא מזידה גמורה שידוע לכל חומר האיסור, בזה לא הוצרכו לקנוס ומוקמינן אדינא, היינו שתצא מזה ומזה משום שאסורה לראשון מדין סוטה, ולשני שכשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל, אבל גט אין צריכה מהשני, וכן שארי דברים לענין הולד ממזר מראשון, ומשני לאחר גירושי ראשון בזה לא קנסוה, לפי דברי הרל"ח הנ"ל. — ולענ"ד צ"ע בזה, דא"כ שיהיה הדין של י"ג דברים שקנסוה רק בשוגגת ולא במזידה, א"כ האשה שבאה ואמרה מת בעלי, ואם אח"כ יתברר אשר בעלה חי לא תוקנס בי"ג דברים, וא"כ תקשה היאך האשה נאמנת בזה, הא אמרינן בגמ' שבאשה נאמן ע"א „משום שמתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחלתה" והגמ' פריך ע"ז לא ליחמיר ולא ליקיל, ומשני הגמ' דמשום עיגונא אקילו בה רבנן, וא"כ משמע דלולא שיש חומר בסופה לא נוכל להקל בתחלתה שלא מן הדין, וא"כ היאך נאמנת אשה לומר מת בעלי הא מן הדין אינה נאמנת בעצמה לצאת מחזקת אשת איש, רק משום עיגונא ומשום מתוך חומר, וכיון שבכה"ג נאמר שלא החמירו על מזידה, א"כ אין כאן חומר בסופה, והיאך הקילו עליה בתחלתה, ואין לומר כיון שבמזידה יש עליה חומר שאסורה מן הדין לבעל ולבועל ולכן יש להקל עליה בתחלתה, ז"א דא"כ שדי בחומר זה לבד למה הוצרכו להוסיף קנס בנשאת בשוגג ע"י נאמנות העד יותר מזה, הלא די גם שם לומר שרק זה יחמירו עליה שתהיה סוה כמו נשאת במזיד היינו שתצא מזה ומזה וגם כתובה תפסיד משניהם, אבל לענין הולד ממזר מזה ומזה וגם לענין להצריכה גט משני, לא היה נצרך לקונסה יותר מן מזיד ממש *):

ולכאורה אפשר לומר שבמקום שהוצרכו להקל עליה משום עיגונא להאמינה או להאמין להעד משום דייקא, החמירו על סופה בכל הי"ג דברים כדי שנוכל לסמוך עליה מתוך חומר, אבל במקום שלא הוצרכו לזה כגון אשה שאמרה פנויה אני במקום שלא נודע שהיתה אשת איש ואח"כ נודע שהיא אשת איש והיתה מזידה ממש, בזה לא הוצרכו לקונסה יותר מן הדין ומוקמינן אדינא, וזו תהיה כונת סברת הדין של הרל"ח, אך באמת זה אין מספיק הא מצינו בגיטין (ע"ט ב' ודף פ' ע"א) בכל הדברים הנחשבים שם במשנה שהחמירו בכל הי"ג דברים, והנה שם לא שייך נאמנות בתחלתה בכל הדברים הנאמרים שם שבכולהו היא מותרת מן הדין, כי הטעות שהיה בהכשר הגיטין וכן בנמלאת איילונית, בכולהו לא באו מצד נאמנות שלה ואפ"ה קנסו בכל הי"ג דברים, הגם ששם לא נצרכנו להחמיר עליה בכדי שנקיל עליה בתחלתה ואעפ"כ קנסוה בכל הי"ג דברים, וא"כ רואין אנו שלפי האמת קנסוה גם במקום דליכא טעם זה להחמיר בשביל להקל, א"כ חזינן דלבתר שתיקנו חכמים להחמיר בסופה בשביל להקל בתחלתה משום עיגונא לא חילקו, וקנסו בהי"ג דברים בכל שנישאו באיסור אשת איש, וא"כ ה"נ אחרי שבמקום שאמרה מת בעלי קנסוה להחמיר בכדי להקל בתחלתה, גם במקום שהיא מזידה, וה"נ ראוי לקנוס בכל מזידות משום לא פלוג וכנ"ל:

ובאמת מצאתי מפורש להרשב"א הובאו דבריו (בב"י בטור סוף סי' י"ז) וז"ל שם כתב הרשב"א, שאלת רחל באה ואמרה פנויה אני ונתקדשה לשמעון לשם פלגש בלא כתובה, ושהתה עמו כמה ימים ונתיחדה עמו ואח"כ נודע בעדים שכבר נתקדשה לראובן זה שנים, ואח"כ נודע שהביא לה אחיה מראובן בעלה הראשון גט לאחר זמן קדושי שני: תשובה. אשה זו צריכה גט בין מראשון בין משני ומה שאמרו התלמידים שאין צריכה גט משני טעות הוא, ומשנה שלימה שנינו האשה שהלך בעלה ונשאת ואח"כ בא בעלה תצא מזה ומזה וצריכה גט מזה ומזה כו', יעו"ש היטב מה שהאריך הרשב"א שם בדבריו המובאים שם, וא"כ הרי ברור דעת הרשב"א שאין שום חילוק בין שוגגת למזידה ובכל גוונא צריכה גט גם מהשני:

אמנם לכאורה דעת הטור הוא כדעת מהרל"ח וחולק על דעת הרשב"א, שכתב הטור (בסי' קנ"ב) וזה לשונו, ואם היא אומרת לו גירשתני והוא מכחישה נאמנת, אבל שלא בפניו מעיזה ואינה נאמנת אפילו אם כנסת או נתקדשה וכשבא מכחישה והיא החזיקה בדבריה ואומרת לו שגירשה אינה נאמנת ואינה צריכה גט מהשני, ע"כ, הרי מפורש דעת הטור שגם אשה שנשאת כשאמרה שלא בפניו גירשתני אינה צריכה גט מהשני, וע"כ הטעם שחלוק זה מהא דריש האשה רבה משום שהיא מזידה, ובזה לא תקנו שתהא צריכה גט מהשני. — מ"מ נראה לענ"ד להשוות דעת הטור שלא יהיה דבריו נגד דעת הרשב"א בתשו' הנ"ל, והוא שכן יהיה כללי דין זה, שכל שבעת שהיה הנישואין ע"פ דבריה הותרה להנשא, ובעלה השני נשאה אז בהיתר ע"פ שורת הדין, ואח"כ נודע שהיא הטעתו ובאמת היא באיסור אשת איש, אז יהיה עליה דין חז"ל שתקנו באשה שהלך בעלה ובאה ואמרה מת בעלי או שבאו אחרים ואמרו לה מת בעלה ואח"כ בא בעלה, שיש עליה כל החומרות וצריכה גט גם מן השני, ואין חילוק בין אם היא שוגגת או מזידה, ולכן שפיר כתב הרשב"א כשאמרה פנויה אני שהיא נאמנת על זה מן הדין, ואח"כ כשנתברר שהיא אשת איש צריכה גט מהשני: אמנם בנדון של הטור שהיתה מוחזקת באשת איש, כשאמרה שלא בפני בעלה גרשני בעלי ונישאת, ואח"כ בא בעלה ומכחיש אותה, כיון שמן הדין אינה נאמנת שלא בפניו לומר גירשני בעלי, והנישואין היו באיסור, ודבריה באמת לא היו מועילים כלל, ושלא כדין סמך עליה בעלה השני שנשאה, אז אין צריכה גט מהשני כלל, והיא נחשבת כאשה שזינתה תחת בעלה, ולא דמיא להא דאשה שהלך בעלה כו':

הגה"ה

*) וכן הוא מפורש (ברש"י בדף נ"ד ע"א) ד"ה אלא, שכתב רש"י שם קמ"ל דאקלקולא דידה חייפי כגון מה בעלי דאי אתא בעלה אמרינן תצא מזה ומזה וכל קלקולי דמתניתין בה, הרי מפורש כתב רש"י שגם במת בעלי שהיא מזידה קנסוה בכל הדברים שבמתניתין וכמו שכ':

אך לפי מה שכתבתי להשוות דעת הטור עם ד' הרשב"א המובא (בב"י סי' י"ז הנ"ל), יהיה קשה על הבית שמואל (סי' קנ"ב ס"ק י"ב) שהעמיד דבריו שם על סעיף ז' ששם נאמר אם יש עדים שהיתה אשת איש אינה נאמנת לומר גרושה אני, אפילו אם נשאת קודם שבאו עדים שהעידו שהיתה אשת איש שתצא, וע"ז הביא הב"ש דברי הטור שתצא בלא גט, ולמש"כ מדברי הרשב"א ושהטור יודה לזה, שבמקום שבעת הנישואין היתה נאמנת בדבריה ונשאת בהיתר כדין ע"פ אמירתה אז צריכה גט מהשני גם שהיתה מזידה, וא"כ בנידון זה שלא היו עדים שהיתה א"א קודם הנישואין שמן הדין היתה אז נאמנת לומר אשת איש הייתי וגרושה אני, בזה היא צריכה גט מהשני שבזה יש לה הדין של כל הדברים שנזרו על הנישאת ע"פ אמירתה או ע"פ דיוקה דידה ואח"כ נודע שלא כן הוא, והיא אשת איש. זהו הנראה לענ"ד:

ולכאורה יש להעיר על חילוק זה שכתבתי, מד' התוס' (יבמות נ"ב ע"ב ד"ה ניתן) שהתוס' מסתפקים אם במזיד אמרינן תלא מזה ומזה כו', ודעת התוס' נוטה שגם במזיד ג"כ ישנו לדין זה דתלא מזה ומזה אם היה נישואין, מלשון א"כ מלינו חוטא נשכר משמע קצת דבמזיד איירי, ולא חילקו התוס' באיזה סוג מזיד, אם במקום שע"פ דין היתה נאמנת שהותרה להנשא, וסתמא מזיד של יבמה הוא במקום שאינה נאמנת והיתה מזידה גמורה, וא"כ יקשה זה לפי דעת הטור ובפרט לפי מש"כ שיש לומר שגם הטור מודה בזה לדעת הרשב"א. ונראה לפענ"ד לומר שיש לחלק ענין יבמה מאשת איש, דבשלמא באשת איש במקום שהיא מזידה גמורה בלי שום היתר לה, כיון שזה ידוע שאין קידושין תופסין באשת איש, ולכן אמרינן שיוצאה בלי גט והוה כזנות בעלמא, ומוקמינן לה אדינא של ביאת זנות באשת איש, משא"כ כאן ביבמה כיון דקידושין תופסין בה למאי דקיי"ל כשמואל, וא"כ היא צריכה גט משני מדינא, וכיון דחלין הקידושין והנישואין, ממילא אמרינן שמיחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים, היינו כמו התם דאמרינן דבעיא גט משני ואמרינן כל הדרכים האלו בה ה"נ ביבמה שנישאת אפילו במזיד והנישואין חלו עליה, ולכן שפיר מיחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים ונשאת ע"י שמועת טעות או ע"פ אמירת האשה עצמה דבעיא גט, וממילא אמרינן בה שכל הדרכים האלו בה, אבל במקום שלא תפסו קידושין כלל במזידה דאשת איש, במקום שאמירתה לא הועיל דאז יוצאת בלא גט, ממילא אין כאן שארי קנסות שקנסו בה. — והגאון ר"ע איגר בתשובה (בסי' ר"ה) כתב להעיר על דברי השו"ע (בסי' קנ"ט) דמוכח שאפי' במזיד תלא יבמה שנשאת, והקשה ע"ז מדברי הנימוק"י בשם הריטב"א שמוכח משם דעתם שבמזיד מותרת ליבם ואין כאן קנס למאי דקיי"ל דלית לן הא דרב המנונא, ותירץ ע"ז שהוכחת הנימוק"י הוא אליבא דרב דאית ליה אין קידושין תופסין ביבמה כו' יעו"ש, והוא כעין מה שכתבתי שבמקום שאין קידושין תופסין, אז במזידה במקום שאין מועיל ע"פ דין דבריה ואינה נאמנת, לכן שפיר לא בעיא גט וכדברי הטור (בסי' קנ"ב), אבל במקום שקידושין תופסין מיחלפא באשה שהלך בעלה למדה"י, משום ששם בעיא גט ובמקום שמועיל אמירתה בעיא גט גם במזיד ודו"ק:

סימן י

עובדא דקידושין שבאה לפני והיגבה ע"ז נב"ע ותוכן הענין של הגב"ע יתבאר בתוך דברינו בעזה"ה.

א) **עד** ענין הקידושין שקידש פלוני בן פלוני את פלונית בת פלוני, ורצונה ראיתי לחקור אם יש עליה חשש קידושי תורה כדין המתקדשות בפני שני עדים או שאין עליה רק חשש קידושין של בפני ע"א, והוא שבעדותו של עד השני פ' ב"ר י' כפי מה שאמר מקודם בעת הגדת העדות שלו, שראה את המקדש הנ"ל שהגביה ידו והיה בידו מטבע של כסף והכניס ידו לתוך ידה ואמר אתם עדים (והוא השיב מיר זייגן דא) כי היה זה בלילה והכניס ידו לתוך ידה ואמר לה ה"א מקודשת לי כו' והנחת המטבע לתוך ידה לא ראה, וכן הושטת ידה של המתקדשת זאת אין זוכר אם ראה, וא"כ הרי לא ראה מעשה הקידושין כי עיקר הדבר הוא נתינת הכסף קידושין לידה זאת לא ראה שנתן לה, ואין לחוש ולומר כיון שראה מקודם מוכן בידו המטבע של כסף שהכין עצמו לקדש בה אותה, לכן מחזקינן שכן נתקיים שנתן לידה, ז"א, לא מיבעיא למה שפסק הרמ"א (בסי' מ"ב סעיף ד') שצריכים העדים לראות הנתינה ממש לידה או לרשותה וז"ל „אע"פ ששמעו שאמר התקדשי בחפץ פלוני, ואח"כ יצא מתחת ידה אינן קידושין, עד שיראו הנתינה ממש ואין הולכין בזה אחר אומדנות והוכחות" עכ"ל, והוא מדברי הרשב"א, ודאי שאין עדותו של העד השני כלום, אלא אפי' לדעת המרדכי פ' האומר המובא בב"ש (ס"ק י"ג) שכתב אפי' לא ראו את הנתינה אין לבטל הקידושין אם ראו דבר המוכיח ויכולים להעיד כאילו ראו גוף המעשה, והוא דהוה כדיני ממונות שמתקיים העדות בידיעה בלא ראיה, מ"מ נראה שבנ"ד אין לחוש לעדותו של עד השני כלל מפני שנ"ד גריעא מהא עובדא שבמרדכי הנ"ל בפ' האומר, ששם אף שלא ראה נתינת הטבעת לידה, מ"מ ראה אח"כ הטבעת בידה, וא"כ שפיר חשיב ידיעה שנתן לה הטבעת, ואפ"ה בעובדא דהרשב"א בתשובה ששם ראו בידה האתרוג אך כיון שלא ראו הנתינה לידה אינו כלום, משום דבקידושין ראיה בעינן ולא סגי בידיעה בלא ראיה, וכש"כ בנ"ד שאף שראה בידו המטבע של כסף והכין עצמו לקדשה בו, אבל מאן לימא שקבלה דילמא זרקה תומ"י, ולא עוד אולי נפל מידו המטבע קודם שבא לידה וא"כ אין כאן גם ידיעה לקידושין, ובזה כו"ע מודו דהא לא חשיב עדות כלל, ולבד זה כיון שהרמ"א הכריע כרשב"א, ובאמת מסתבר כוותיה לפי שהרא"ש שבמרדכי פ' האומר אין אומר זה למלתא דפשיטא שכן לשון הרא"ש שם, דהיכא דאחד מן העדים לא ראה נתינת הטבעת אין בכך כלום הדא דחוששין לדברי רב פפא דאמר חוששין לקידושין, ועוד אם עד רואה דבר מוכיח ונראה שיכול להעיד ונדון כאלו ראה גוף המעשה כו', וא"כ נראה מדבריו שלא סמך ע"ז בהחלט בהרי נתן טעם להצריכה גט משום העד אחד שראה, כי שם נאמר מתחלה דאחד מהעדים לא ראה נתינת הטבעת, ואח"כ צירף שמחמת הוכחה והומדנא חשוב כאלו ראה, וא"כ כיון דלהרא"ש ספוקי מספקא ליה ולהרשב"א פסיקא ליה להקל בזה, לא מכרעה ספיקא דהרא"ש נגד פשיטותא דהרשב"א, ולכן הכריע הרמ"א כהרשב"א:

ועכ"פ בנ"ד נראה שלכו"ע אין לחוש לעדותו מה שראה מוכן בידו המטבע של כסף כל שלא ראה את הכסף קידושין בידה לא בתחלה ולא בסוף, ובפרט שבנ"ד אין ידוע לעד השני שהיא נתרצית לקבל קידושין, ומה שהושיטה ידה על אמירת המקדש לגמור לא ידוע בירור הכוונה לגמור אם זה הוא על קידושין כי אולי כוונה אחרת היה לה בזה, וגם שהעד השני אומר שהושטת ידה מקודם בעת שאמר המקדש לה „נגמור" אין זוכר אם ראה, ויכול להיות שהוא כפי אמירתה שהיא אומרת שהוא חטף את ידה והיא לא הושיטה אליו ידה כלל, שמכחשת את העד הראשון שאומר שהיא הושיטה לו ידה, ובפרט שמתחלה בעת שנתועדו לבא בהגינה עם המקדש לא ידעה רק מעד אחד, וא"כ גם אם היה הושטה בידה קודם לא נתרצתה אז על קידושין של אחד, ותיכף ששמעה אחר שאמר אתם עדים והשני אמר „מיר זייגען

זייגנן דא" נתחרטה אחר ששמעה קול השני מאחורי הגדר, אך הוא תפס אז את ידה:

ב) **אמנם** מה שיש לעיין בנ"ד לפי שאחר כן שאמר עד השני שלהנחת המטבע לתוך ידה אמר, שכוונתו היה שאין זוכר אם ראה אז הנחת המטבע לידה, והעד הראשון אומר שראה הנחת המטבע לידה, וא"כ יש כאן ספק קידושי תורה שמא ראה אז הנחת המטבע מידו לידה, וא"כ היה אז קידושין בפני שנים, ועל מה שאמר העד השני מקודם שלא ראה הנחת המטבע בהחלט, נותן אמתלא שכוונתו היה שאח"כ בעת גמר הקידושין לא ראה אז בידה המטבע. — אך לענ"ד נראה שעל זה ג"כ יש לומר כיון שהגיד בפני ב"ד שלא ראה לא מהימן אח"כ לומר שכוונה אחרת כיון אחרי שלפי סיגנון לשונו שאמר לפני ב"ד, שהשיב על מה ששאלו הב"ד ממנו אמר שלא ראה הנחת המטבע לידה, לא מהימן לומר שטעה בכוונת השאלה ששאלו וכוונה אחרת היה לו בדבריו שזהו כעין אמתלא, וכבר אמרו בגמ' (סנהדרין מ"ד ע"ב) דאע"ג דיהבי טעמא למלתייהו, מ"מ אמרינן כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, ואין לומר דוקא התם שמ"מ מודים העדים שמקודם אמרו בתורת עדות שלא כמו שאומרים אחר כן ולכן לא מהני אמתלא, מה שאין כן בנ"ד הרי אומר העד שמקודם לא היה כוונת דבריו היפוך למה שאמר אח"כ, אולי ע"ז יועיל אמתלא, מ"מ ז"א דהא מצינו בכתובות (י"ח ב') בהאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות שבמקום שכתב ידן יוצא ממקום אחר אמרינן ע"ז כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד ואין אנו חוששים לאמתלא שלהם שהיו אנוסים מחמת נפשות ומחמת זה חתמו מקודם, רק אנו אומרים כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, לפי שבסתם חתימתם מגדת לנו שלא היו אנוסים, וה"נ בנ"ד כיון שאמירתו בב"ד הי' כדברים האלה שלא ראה את הנחת המטבע לתוך ידה, לאו כל כמיניה לעקור דבריו הראשונים וכיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, וכן יש להביא קצת ראיה מהא דאיתא בגמ' (ב"מ כ"ח ע"ב) והובא זה בח"מ (סי' כ"ט סעיף א') בעובדא דאבוה דר"פ שהביא עדים שאינו רמאי ששאלו אותם ידעיתו ביה דרמאה הוא ואמרו אין, ואח"כ אמרו שטעו בשאלתו של רבה בר ר"ה וקאמר רבה בר רב הונא מסתברא דלא מייתי איגש חובתא לנפשיה, ופירש"י וכן הרי"ף ע"ז ולא הוה חוזר ומגיד, משמע דלולא ההוכחה דלא מייתי איגש חובתא לנפשיה היה הדין דזה הוה חוזר ומגיד ולא מהמני לומר שטעו בדברי השואלן, וא"כ בנ"ד שאין שום הוכחה שטעה העד השני בדברי ב"ד ששאלו לו, הוה חוזר ומגיד במה שאומר אח"כ שאין זוכר, אם רק אנו מקבלים לעדותו כתם שאמר בראשונה שלא ראה אז, ונראה שנדון זה דומה להא דתשו' הרא"ש (כלל נ"ט סי' א') המובא (בסמ"ע סי' כ"ע ס"ק ח') ויעויין שם בט"ז שבאמת לדקו דבריו כמבואר למעיין בתשובת הרא"ש, ועכ"פ בהאומר שלא נתן לב לדעת כמה שנים היה דר שם לא מהימן לומר אח"כ נזכרתי, ובאומר אין זוכר מהימן לומר אח"כ נזכרתי, הרי כל שאומר שלא נתן לב לדעת מחזקינן שלא ראה העדות, וה"נ בנ"ד שאמר שלא ראה לא מהימן לומר שיש ספק אללו אם ראה, דאם אפשר לפרש מה שאמר שהוא בספק אללו אם ראה אז וע"כ אמר לא ראה א"כ יהיה תמיד מהימן לומר נזכרתי, דהא מה שאללו מסופק הדבר יכול לומר נזכרתי, וכן מבואר בתשובת הרא"ש הנ"ל שאם אומר שאין יודע לך עדות לא מהימן לומר אח"כ נזכרתי, ולא יכול לתרץ דיבורו לומר שאין יודע העדות מפני שעתה אין זוכר, אלא אמרינן כל מה שאדם אומר בסתם אין יודע מפרשינן שבהחלט אין יודע הדבר, דלולא זה היה מפרש דבריו, והוה חוזר ומגיד, וא"כ גם בנ"ד מקרי חוזר ומגיד. — ואפילו לדעת הר"ן בשבועות (פרק ד') שכתב שמאין אנו יודעים עדות אם אח"כ יאמרו יודעים אנו לא מקרי חוזר ומגיד, וביאר שם הטעם שאין אנו יודעים לא נחשב זה הגדה כלל, ולכן אין שייך לומר ע"ז אין חוזר ומגיד, באמת הרא"ש (בתשובה א' בכלל נ"ט הנ"ל) מבואר להדיא דבריו, שמאין אנו יודעים העדות אם יאמרו אח"כ שיודעים העדות שנזכרו להעדות מיקרי זה חוזר ומגיד, ואין מהימן לומר זה, אמנם אף לדעת הר"ן גופא הוא היינו טעמא משום שאין יודעים העדות לא מיקרי הגדה ולא שייך ע"ז לומר כיון שהגיד כו', משא"כ בנ"ד שאומר לא ראה אז וא"כ דבריו הוא עדות גמורה שלא היה על הקידושין רק עד אחד שראה, והוה רק קידושין דרבנן או לא חלו כלל הקידושין, וא"כ הוא עדות גמורה, וא"כ כיון שמשמעות האמירה שהיא החלטי שלא ראה, אז לא מהימן לומר שיש ספק אם ראה אז ותהיה מסופקת אם היה זה קידושין בפני שנים:

ג) **ואחרי** שבארנו בע"ה שעדותו של עד השני אין חשוב עדות גם לעשותה ספק מקודשת בפני שנים, נחזור עתה לדין עדות של העד הראשון פ' ב"ר א' שאמר שראה שקדשה, וראה הנחת המטבע לתוך ידה, וגם ראה שמקודם הושיטה את ידה, והנה הוה זה רק קידושי עד אחד, וכיון שהיא מכחשת ואומרת שהמטבע לא היה בתוך ידה כלל, וא"כ הוה זה עד אחד בהכחשה דלאו כלום הוא, הגם שיש לפקפק בזה כיון שיש בדבריה הכחשה לשני העדים במה שהיא אומרת שהיא אחזה בידה למטה מפס ידה ושני העדים אומרים שהכניס ידו לתוך ידה והעד השני פירש בדבריו כדרך התוקעים כפם זה לזה, וכיון שהיא הוחזקה בכפרנית נגד שני העדים, יש לדמות זה לכאורה לדינו של מהר"מ פדוואה המובא בחלקת מחוקק (סי' מ"ב ס"ק ח') באחד שמעיד שראה הקידושין והיא לא ראתה אותו שאין כאן רק דין קידושין דע"א, ואפ"ה כתב שם כשהיא מכחשת שניהם ואומרת להד"ם שיש לה דין מקדש בעד אחד ושניהם מודים, לפי שדברי הכחשתה אין כלום כיון ששניהם מכחישים אותה, מיהו יש לחלק זה מנ"ד דהכא במה שאומרת שלא בא המטבע לידה היא מכחשת רק לעד אחד הוא העד פ' ב"א הראשון, והרי זה דומה לאחד התובע מחברו מאה זוז והוא מכחישו ועדים מעידים על חמשים, שעל החמשים השניים לא מיקרי הוחזק כפרן ועיין תוס' שבועות (ל"ד ע"ב ד"ה אתו) שהקשו ע"ז, מהא דסבר רב נחמן הוחזק כפרן, וכן ריש לקיש, אהא דב"מ באומר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום ועדים מעידים שיש בידו חמשים זוז, אמאי לא הוחזק כפרן לגבי המותר, ותירצו דהכא דקאמר לא עברתי משמע דבעי למימר שאם עברתי אני חייב כו', אבל התם לא הוחזק כפרן אלא בנ' ואותן פורע. ובנ"ד ג"כ יש לומר שלא הוחזקה כפרנית אלא במה שהיא מכחשת שני העדים, אבל בעלם מעשה הקידושין שבנ"ד שהוא הנחת המטבע של הקידושין לידה, שאין מכחשת רק העד אחד לא הוחזקה כפרנית לזה, ובסברת התוס' שע"י הכחשתה נאמר ג"כ שכוונתה שאם אינו כדבריה, שהמקדש יהיה נאמן נגדה, לבד שזה אין שייך כאן בקידושין מלד הסברא, נוסף ע"ז בנ"ד אין זה שייך משום שהכחשתה היה אחרי הגדת העדים, וע"כ אנו אומרים שמה שהוא נגד שני העדים אינה נאמנת, ומה שאין זה נגד שני העדים רק נגד עד אחד, בזה היא נאמנת על עצמה ואין כאן חשש קידושין בע"א מפני שהיא מכחשתו. — עוד יש להעיר בנ"ד אם נאמר שעובדא דידן לפי עדותו של עד השני חשוב זה ידיעה מלד האומדנא שנכנס המטבע לתוך ידה, רק שבקידושין לא מהני זה, משום דבעינן ראיה ממש, וכמבואר בב"ש (סי' מ"ב ס"ק י"ב) לפי שיטת הרשב"א שהרמ"א פסק כוותיה, וא"כ לענין קידושי עד אחד לא יועיל הכחשתה, אחרי שע"פ הידיעה ידענו זה משני העדים שבאו הקידושין לידה ובטלה הכחשתה, ע"פ שני העדים המעידים, אחד בראיה, ואחד בידיעה, והיא הוה

הוה מוכחשת משני העדים, והוה זה כדין מקודשת בעד אחד ושניהם מודים, וכה"ג כתב הגאון רע"א זצ"ל בתשובותיו (סי' נ"ה במהד"ת הנדפס מחדש) שדמי זה ממש לדינו של מהר"ם פאדווה המובא בחלקת מחוקק (בסי' מ"ב ס"ק ה') שהובא לעיל. אך למש"כ באות א', שנ"ד אין חשיב זה ידיעה ברורה, וא"כ שפיר נחשב הכחשתה להכחיש העד אחד, שלא יהיה עליה דין קידושין של עד אחד שחוששין היכא ששניהם מודים:

ד) **והנה** על מש"כ לעיל שכאן אין לדון אותה שהוחזקה כפרנית על מה שהיא מכחשת שני העדים שאמרו שהכניס ידו לתוך ידה, והיא אומרת שהחזיק ידו למטה מפס ידה, משום שסברת הוחזק כפרן בדבר אין מקום לחייב מחמת זה רק מצד סברת התוס' דחשיב זה כאומר לא עברתי שאם עברתי אני חייב, והוא כעין שהאמין לחברו בטענתו עליו, וזהו רק אם דבריו והכחשתו היה קודם ביאת העדים, אבל אם לאחר ביאת העדים אמר אח"כ נגד העדים לא עברתי ולא לויתי, בזה אין שייך לבוא עליו מתורת התחייבות, שהרי הוא מחזיק בדבריו נגד העדים, ואם שאין נאמן בזה, מ"מ על הטענה השניה של לא לויתי לא התחייב בזה להאמין את הבע"ד שלו, ולענ"ד היא סברא ישרה מאוד. והנה דברי אלו באו לפני חכם גדול אחד, ופקפק מהא דאיתא בחו"מ (בסי' נ' סעי' ב') ברמ"א לא נכנסתי ולא נטלתי והעדים ראוהו שנכנס דחייב, ואם שהרמ"א כתב משום דהוה מיגו נגד עדים ועיקר הטעם הוא משום שהוחזק כפרן, דאי לאו הכי הלא לא היה צריך למיגו דהא לא נטלתי בעצמותו היא טענה מעליא, ומזו הטענה בא החכם הנ"ל לעקור דברי התוס' מפשטות דבריהם, דלאו דוקא אמירתו גורם אלא הענין תלוי בכך. ולענ"ד לא כן הוא דודאי אין לנו להוציא מפשטות דבריהם, ועוד שמצד הסברא הישרה נכונים מאוד דבריהם, כי באמת איך נחייב מן מה שהוחזק כפרן בדבר אחר שהוא הכנה לענין הדבר, כמו לא עברתי, על גוף הטענה שמכחישו, ובאמת אפשר לומר שמיירי שטענתו' לא נכנסתי היא קודם הביאה של העדים שאמרו שראוהו נכנס, ומה שלא ביאר זה בשו"ע משום שסתמא דמלתא כך הוא כי מי פתי שיבוא להכחיש העדים בדבר שאין נוגע לפטור לו, וגם אם נאמר שדין זה בכל גוונא הוא גם שהעדים שאמרו ראוהו שנכנס היה קודם טענתו והכחשתו, אין מזה קושיא על מש"כ מד' התוס', די"ל שהוחזק כפרן לענין לחייבו ממון, בזה בעינן דוקא או בגוף עלם אותו ממון, או כסברת התוס' שחשיב כאומר שאם עברתי הנני חייב, אבל ענין הוחזק כפרן דשם גבי נכנס למשכנו לענין שיהיה בזה תקנת חז"ל שיהיה כנגדו נשבע ונוטל, בכל גוונא הוא, וראיה לזה, דזה מבואר בגמ' מה שהביאו התוס' שם בשבועות, שבהוחזק כפרן בחמשים אין מחייבו לחמשים אחרים, ואלו בהא דנשבע ונוטל אם העדים מעידים על מעט שאז הדין שנשבע ונוטל השאר, ולכן מועיל כאן הוחזק כפרן על הכניסה ג"כ, משא"כ לענין עלם חיוב ממון בזה א"א לחייבו מצד הוחזק כפרן בדבר אחר על ממון שלא הוחזק כפרן ע"ז, זולת רק כסברת התוס' שהבאנו מהא דשבועות, וא"כ הכא בנ"ד לענין קידושין מה שהוחזקה כפרנית בדבר אחר שאין זה מעצמיות הקידושין, לא יועיל לבטל הכחשה על דבר שהוא עצם הקידושין שאין בזה רק עד אחד, זהו הנראה לענ"ד פשוט:

ה) **תבנא** לדינא דנ"ד שבאנו לבטל הקידושין משום שאין כאן רק קידושין בעד אחד ולכן כיון שהיא מכחשתו בזה שאומר שקבלה מעות הקידושין, והיא אומרת שלא בא לידה הכסף קידושין וא"כ אין לאוסרה מחמת הע"א. עוד באו שני אנשים שאמרו לפני ששמעו ממנה שאמרה לפניהם שקבלה מטבע של הקידושין אז, וזאת אמרה לפניהם בהיותה במקום אחר בב"י, אחרי כמה שבועות אחר קבלת העדות בב"ד ושהיא הכחישה כנ"ל, ודבר זה לא הוגבה העדות בב"ד רק מאחד וגם זה היה שלא בפניה, והיא בשמעה אח"כ הכחישה זאת לגמרי ואמרה ששקר אומרים כי לא דברה עמהם שום דיבור כלל בהיותה שם בב"י, ולהעד המעיד שאלנו באיזה יום היה הודאה שלה ואמר שאין יודע באיזה יום ואף באיזה חודש אין יודע זאת עתה, והנה מצד ההודאה הנ"ל אין לנו לחוש, רק שעי"ז נחוש לקידושי ע"א שתבטל הכחשתה מחמת זה:

והנה יש לנו להקל בנ"ד מטעם שהעדים שנתקדשה לפניהם היו נוגעים בזה הענין של חלות הקידושין שהבטיח להם המקדש שכשיוגמר הענין ויהיה נישואין ישלם להם בעד השתדלותם בזה, וא"כ בעת מעשה הקידושין היו פסולים העדים והוה לה דין מתקדשת בלא עדים וגם אם הודאתה אמת ג"כ אין לחוש להקידושין כלל. — והנה בדין נוגעים בעדות שפסולים להעיד כמבואר בחו"מ (סי' ל"ז סעיף א') ויעו"ש בש"ך ובסמ"ע שני טעמים בזה אם מחשש משקר או מטעם שהוא כקרוב, והנה יש לחקור לענין קידושין אם היא מודה שקיבלה קדושין בפני עדים נוגעים, אי הוה זה כקידושין בלא עדים, או כיון שהיא מודה שהיו קידושין והעדים אין משקרים נחשב זה כקידושין בעדים לדעת הסוברים דפסול נוגע הוא משום חשש משקר, ולכאורה תלוי דין זה במחלוקת של דעת הרמב"ם והרא"ש עם ד' הר"ן והרשב"א, בהא דשליח נעשה עד בקידושין היכא שהיא מודה שקבלה כסף הקידושין, שדעת הרמב"ם והרא"ש שחשיבי עדים גם בקדשה בכסף וכמבואר באה"ע (סי' ל"ה סעיף א'), ודעת הר"ן והרשב"א בחידושיו לקידושין שכיון שצריכים להודאתה, ובלעדי הודאתה אין כאן עדים הוה זה כקידושין בלא עדים, ואם שהרשב"א והר"ן כתבו שמ"מ הוה קידושי ספק, התם היינו טעמא שחששו לדעת ר' יוסי בירושלמי *) שאמר כיון שהאמינתו תורה אפי' קידשה בכסף אין נוגע בעדותו, ואם שהרשב"א כתב שמסתפק בדבר אולי היכא שאין מכחישתו שאז אין נוגע בעדותו, מ"מ הא הרשב"א שם בחי' על האופן הראשון שכתב שגם בהיא מודה אינם נאמנים מתורת עדות רק מצד הודאתה, והוה זה כקידושין בלא עדים שאפי' שניהם מודים שאינה מקודשת, כתב ע"ז שזה עיקר:

אך גם לדעת הרמב"ם והרא"ש, נראה לענ"ד שבנ"ד דהוה נוגע גם כשהיא מודה גם לדעתם לא יהיה נחשב לקידושין, דדוקא התם שכל הנגיעה הוא משום שצריכים שבועה על הכסף שקבלו, וא"כ היכא שהיא מודה ואינה מכחשת לא הוו נוגעים, וכמש"כ שם הרשב"א בחידושיו באופן השני שלידד לומר דהוה מקודשת בעדים אם היא מודה להשלוחים, וז"ל „ויש לומר דמקודשת דהשתא לאו נוגעים נינהו ואין פסולין אלא מחמת נגיעתן נסתלק הגורם וחזרו להכשירן" ע"כ לשונו, אבל באופן שהנגיעה היא באמת שגם כשהיא מודה מ"מ יש להם נגיעה בחלות הקידושין, אין להם דין עדים, ולכן גם לשיטת הרמב"ם והרא"ש דהתם סברי דהוה קידושין גמורים כשאין מכחשתן, הכא לא יהיה קידושין בעדים. — ולכאורה לדעת הסמ"ע והש"ך שהכריעו ברים סי'

*) הגה"ה בדברי ר"י בירושלמי נדחקו הראשונים היכא מיירי אם קודם תקנת שבועת היכא או בתר תקנה ולענ"ד היה נראה לומר שהירושלמי מיירי קודם תקנה והא דאמר ר' אינן שנקדשה בכסף הוא חשוב נוגע בעדות הוא מטעם שיכול להיות נוגע שמא יתחייב שבועה ממקום אחר ויגלגל עליו השבועה על זה אך ר' יוסי חולק ע"ז שלא חשב נוגע מה שיכול לבוא לידי שבועה כיון שלע"ע הוא נאמן ואין נוגע בעדות וגמ' דילן קסבר כר"י:

(סי' ל"ז) שפסול נוגע מטעם חשש משקר הוא, וא"כ נראה הדבר כיון שבעת שראו היה כן האמת כגון שהיא מודה שכן היה ואז לא שיקרו יהיה זה נחשב קידושין בעדים, שהרי אז היו העדים כשרים, אך אם נאמר כן יהיה ראיה משיטת הר"ן והרשב"א שסברי שפסול נוגע הוא מטעם קרוב ולא מטעם משקר, דהא גם כשאין מכחשתן סברי דלא הוי קידושין. ונראה לענ"ד לומר שגם לשיטת הר"ן והרשב"א נוכל לומר שפסול נוגע מטעם משקר הוא, ומ"מ לא הוה קידושין בעדים שכיון שאין ראוים להעיד אם היא תכחיש אותם לא חשיבי עדים והוה זה קידושין בלא עדים, וא"כ מעתה יש לומר גם להנך דסברי שפסול נוגע מטעם חשש משקר הוא, מ"מ היכא שהוא נוגע בעדותו גם אם הבע"ד מודה וכגוונא דנ"ד, יש לומר שגם הרמב"ם והרא"ש יודו בזה לד' הר"ן והרשב"א שאין כאן קידושין בעדים, דלמה נאמר לאפושי פלוגתא, וכמו שלדעת הר"ן והרשב"א כל שהעדים נוגעים לא הלו כלל הקידושין, כן יהיה גם להרמב"ם והרא"ש וכמו שנבאר בע"ה:

ו) **ונראה** להביא ראיה לזה ממה דאיתא (בחו"מ סי' ס"ו סעיף כ"ג) שט"ח שיש לראובן על שמעון ונתנו ללוי בכתיבה ומסירה, והיה שמעון אחד מעדי המתנה ואחר עמו, וטוען ראובן שהשטר פסול לפי שמעון נוגע בדבר כו' שהשני נוח לו, הדין עמו והרי הוא חשוב נוגע בדבר ע"כ, והנה הש"ך (בס"ק ע"ב) פירש דמיירי שראובן כופר אבל אם מודה ראובן קנה לוי, וכן הוא דעת הסמ"ע (בס"ק נ"ד) וא"כ יראה דעתם שאע"פ דבעינן עדים וזולת זה אין מועיל הקנין מ"מ בנוגעים היכא שבע"ד מודה חשיבי עדות. אמנם הקצה"ח (ס"ק כ"ה) כתב שכאן מיירי בכתב יד אחר וכיון דליכא עדי מסירה והעדי חתימה אחד מהם פסול א"כ ליכא שטר, וכן הסכים הנתיבות (בביאורים ס"ק ל') וכתב ע"ז שלא ניתן לכתוב מרוב פשיטותו, הרי רואין אנו שדעת הקצה"ח והנתיבות שכל שצריך עדים, הנוגע פסול גם שבע"ד מודה וחשוב כנעשה בלא עדים, ולכאורה נראה שהש"ך והסמ"ע שדעתם שאם מוכר השטר מודה בכתיבתו גם כשהעד נוגע מ"מ נקנה לו השטר, לטעמייהו אזלי שפסול נוגע מטעם חשש משקר הוא, ולכן בשעת מעשה כיון שזה היה אמת נחשב כנעשה בעדים כשרים, והפוסקים שפוסלים קנין זה השטר מגד שאחד מהם נוגע. אף כשהבע"ד מודה, אפשר שיסברו שפסול נוגע משום שנחשב כקרוב וכדעת הע"ש:

ובאמת לשון הש"ך שם ארכביה אתרי רכשי, שמעיקרא כתב דמה בכך ששמעון נוגע, אם ראובן מודה שנתנו לו בכתיבה ומסירה ושמעון עד בדבר, וה"ה בכל דבר שצריך עדים אם הבע"ד מודה שאלו הן עדים אע"פ שאחד מהם או שניהם נוגעים כשר, ועוד שכאן א"ל עדים כלל דלא איברי סהדי אלא לשקרי, וכמש"כ לעיל (ס"ק י"א) עכ"ל הש"ך. יראה מדבריו שמתחלה הסכים לדינא שגם אם צריך עדים, כיון שמודה שהענין אמת כשר אף שהעדים נוגעים, וא"כ נראה דעתו שנוגעים מועילים לענין חלות הדבר ולטעמיה אזיל שפסול נוגע מגד משקר ובאמת הוא עד כשר, אך כבר הבאנו לעיל שדעת הר"ן והרשב"א לא כן הוא ולהדיא מוכח דעתם שנוגע אין נחשב כלל לעדות, משום כיון שנצרכים אנו להודאת בע"ד לא נחשבו עדים כלל, ואולי סובר הש"ך שזה תלוי במחלוקת הר"ן והרשב"א עם הרמב"ם והרא"ש גבי שליח נעשה עד שכתבנו לעיל, וע"כ כתב הש"ך „ועוד שכאן אין צריך עדים" כדי שיתכן דין זה שהיכא שמודה הבע"ד שנתנו בכתיבה ומסירה שקנה גם לשיטת הר"ן והרשב"א, או שכוונת הש"ך שיתכן גם לדעת הסוברים שפסול נוגע מטעם קרוב הוא:

ז) **והנה** הקצה"ח הביא ראיה לחלוק על דין השני של הש"ך שסמך על מש"כ (בסעי' ב' ס"ק י"א) שהוא ע"פ מה דאיתא (לקמן סי' קנ"א), ועל דין הראשון של הש"ך שכתב שכל שהבע"ד מודה, נוגעים כשרים גם בדבר שצריך עדים, לא זכר מזה הקצה"ח, ומ"מ נראה מסתימת לשונו שדעתו לדינא שכל שנוגע הוא העד גם כשהבע"ד מודה אין נחשב לקנין כלל, וכן הוא דעת הנתיבות. ולכאורה קשה, הא הקצה"ח הכריע (בסי' ל"ז ס"ק ה') שנוגע שאין לו זכות בעלם העדות ועיקר עדותו לאחרים הוא, רק שע"י זה יהיה לו איזה הנאת ממון שהוא בשביל עצמו, אותו העדות אין לו בזה דין קרוב רק שיש בזה חשש משקר בשביל נגיעתו, וא"כ הכא שבע"ד מודה, למה יפסל הקנין של כתיבה ומסירה הא בעת מעשה אמת היה, ואין לומר שקנין שטר שאני וכל שהעד אין נאמן מחמת חשש משקר ממילא אין לו דין שטר, מ"מ עדיין קשה הא שם יש קנין השטר בעת מעשה ע"י עדי מסירה, היינו העד הנוגע והמצטרף עמו שהרי בעת מעשה שראו העדים באמת היה, שהרי בע"ד מודה לו, ולקני השטר בעדי מסירה, וכאן אין לומר דהוה מזויף מתוכו שהרי ניכר לכל שהנוגע חתום עליו, שהעד שחתום עליו הוא הלוה, וא"כ לא אתי למסמך עליה על זה השטר ואין כאן מזויף מתוכו, וכמו שמכשירין בשמות מובהקים שידוע שהם א"י בעדי מסירה ישראל, משום דלא אתי למסמך עלייהו, וה"כ בנ"ד אין סומכין על זה השטר כשהבע"ד יהיה מכחישו, אלא ודאי שכל שהוא נוגע ואין ראוי להעיד גם כשהטעם הוא משום חשש משקר, ממילא אין כאן עדות כלל וממילא לכל דבר שצריך עדים אין מועיל זה, וזהו טעמם של הר"ן והרשב"א לענין קידושין של כסף ע"י השליח הנעשה עד, הגם שהיא מודה, מ"מ כל שבלעדי הודאתה א"א שיהיו עדים בזה ממילא אין זה קידושין בעדים:

ואפילו לדעת הרמב"ם והרא"ש החולקים שם על דינם של הר"ן והרשב"א, ולכאורה לדידהו לא סבירא להו להאי סברא שכל שאין נאמנים להעיד אין להם דין עדות, וא"כ יש לומר שגם בנדון זה דהמוכר שטר יהיו נחשבים לעדות שיועיל הקנין בעת מעשה, מ"מ ז"א דהתם על עלם הענין של הקידושין אין להם נגיעה בעדותן רק על הממון, וכל זמן שהיא לא תכפור בהממון ממילא אין נוגעים לענין הקידושין, וסתמא אין עומד לכך שתכפור בהממון ותאמר שקר, ולכן לא עמד לכך שלא יהיו ראוים להעיד בענין הקידושין, משא"כ במקום שיש להם נגיעה בעלם חלות הענין שעל זה צריך עדים, כמו התם בקניית החוב להמקבל השטר, וא"כ אין ראוי להעיד כלל על הענין, ממילא אין כאן עדות, ולדקו דברי הקצה"ח והנתיבות שכתבו שאין שם עדות, ולא נקנה השטר גם שהמלוה מודה לו שהקנה לו בכתיבה ומסירה הנ"ל:

ח) **והנה** בספר שער משפט (סי' ס"ו ס"ק כ"א) העיר ג"כ בדברי הש"ך שמפרש שאם המלוה מודה שהקנה שמועיל זה השטר קנין, והוכיח שמשמעות לשון בעה"ת כן הוא, ממש"כ בעלה"ת ואין ממש בעדותן שאין כאן רק ע"א כשר וכבר נפסל כשנלטרף עמו בעדותן, ואם כוונת בעה"ת והט"ו שכיון ששמעון נוגע בדבר אין כאן מעשה שטר כלל, למה ליה למימר שאין כאן רק עד אחד כשר וכבר נפסל כו', תיפוק ליה ששטר בע"א היינו שטר כלל ופסול מדאורייתא עכ"ד בקלרה ויעוש"ה שהאריך בזה. ולענ"ד בלא"ה אין כאן דין שבועה כלל בע"א בהכחשה לפי דבריו שהבין בבעה"ת, ואף שכתב השער משפט שמיירי בשטר שאין בו אחריות נכסים שאין זה נחשב כפירת שיעבוד קרקעות, ולענ"ד תמוה זה, הא בלא"ה אין כאן שבועת התורה, דהא ההכחשה בקנין החוב אם הוא קנוי להמקבל המתנה או שהוא להמלוה והמחלוקת הוא בענין השטר ושיעבודו אף שלא יהיה בו שיעבוד קרקעות, מ"מ הוה זה שטרות שאין נשבעין עליהם, וכמו שהמוכר שט"ח לחברו נתמעט מאונאה הגם שהחוב

נמכר

נמכר לו, הרי רואין אנו שהחוב הנמכר דין שטרות לו וזה נתמעט מדין הונאה שאין גופו ממון, וה"נ לענין הכחשת עד אחד, וא"כ הדר הקושיא לדוכתה על הבעה"ת, למה כתב שהעד הכשר נפסל בצירופו להשני הפסול. ולכן נראה לענ"ד לומר בכוונת הבעה"ת בהא שכתב שהעד כשר נפסל בצירופו להשני בעדותו, שהשמיענו שגם אם יהיה עוד אחד שראה שנמסר השטר שכתוב בו קניית השטר, שאז אם העד השני לא היה נפסל היה נחשב זה כעדי מסירה, וכמש"כ למעלה שכאן אין זה מזויף מתוכו, מ"מ אין מועיל זה מפני שהעד החתום נפסל בצירופו:

ט) **ולענ"ד** נראה שאדרבה מדברי בעה"ת מוכח שע"כ כוונתו הוא שאין מועיל זה מפני שאין כאן עדים, שאם נאמר שכוונתו כמו שהבין הסטר משפט, שבאמת בעת מעשה כשירים היו, אלא שלענין הגדה א"כ יהיה עליו חשש משקר, וא"כ אז בעת צירופו שנצטרף השני עמו לא היה עליו צירוף פסול כלל, רק הא"כ בעת הגדת העדים בב"ד אז יש לו דין פסול מפני חשש משקר, מאן לימא לן שמצטרפים יחד א"כ, הלא מעולם לא באו יחד להעיד הכשר והפסול, ועוד הא עיקר דין של נמצא אחד קרוב או פסול הוא רק על ראיית העדות, לפי מה דקיי"ל לדינא וכדאיתא (חו"מ סי' ל"ו) דשיילינן להו למיחזי אתיתו כו', וא"כ כיון שבעת מעשה כשירים היו לא יפסול השני בצירופו, ואין לומר כיון שבעת מעשה ידוע שלענין הגדת העדות יהיה השני פסול מטעם שהוא נוגע וחשש משקר עליו, מקרי צירוף השני צירוף פסול לענין הגדה, זה אין סברא לומר כן מתרי טעמי, חדא שהוא סותר זא"ז שלענין הקנין חשבינן אז לו לעד כשר, ולענין צירוף פסול חשבינן לו מתחלתו לפסול; שנית כיון שלענין קנין כשרים שניהם אז, מאן לימא לן שצירופם הוא לענין הגדת עדותן, שמא באו רק לעשות שיקנה המקבל מתנה החוב [מיהו יש לדחות זה די"ל דע"כ צירופם הוא בחתימתם בהשטר הוא לראיה, דאלו לקנין לחוד סגי בעדי מסירה לבד שהיה בעת מעשה עדים במסירת השטר שנכתב בו שנתן לו איהו וכל שיעבודו]. אך סברא הפשוטה נראה שאם נחשב בעת ראיית העדות לעד כשר ומועיל עדותו בדבר שצריך עדים, איך יהי' נחשב המצטרף עמו אז לנמצא אחד מהם קרוב או פסול, אלא ודאי שצריך לומר שבעת מעשה מקרי עד פסול; כיון שאין ראוי א"כ להעיד על זה בלתי הודאת בע"ד, ולכן השני המצטרף עמו מקרי מצטרף לפסול, וא"כ אין לו דין שטר כלל ולא יקנה לו השט"ח בזה שטר המתנה אף שהמלוה מודה וכדעת הקצה"ח והנתיבות. ובאמת הסמ"ע שכתב (בס"ק כ"ד) דמיירי בכופר המלוה כו' סותר לדבריו בפרישה על הטור שכ' בפירוש שהשטר פסול לפי שחתם עליו נוגע בדבר:

ובזה יתורץ מה שהקשה הסטר משפט על הטור שאם מועיל הודאת המלוה, למה לא יהיה נאמן קונה השטר כפי מה שהביא המחבר דעת הרמב"ם (בסעי' י"א) שמועיל טענת המוחזק בהשטר שקנה בכומ"ס לענין קניתו עי"ש שנשאר בצ"ע, ומכל זה מוכח שהדברים כפשטן כמו שכתבו הקצה"ח והנתיבות, וכן הוא דעת וכוונת בעה"ת והט"ו שאין נקנה בזה השטר כלל, וא"כ אנו רואין שיש להנוגע דין עד פסול לענין דבר שצריך עדים, ויעוי"ש בסט"מ שתלה דין זה במחלוקת של הר"ן והרשב"א עם הרמב"ם והרא"ש לגבי קידושי כסף ע"י שליח, ולענ"ד שבנדון זה, גם הרמב"ם והרא"ש מודים שאין כאן עדים מפני שהנגיעה בכל נוגע גם שהבע"ד מודה. והיכא לזה לפי מה שכ' בפי' דברי הטור והמחבר שגם אם הבע"ד מודה מ"מ הקנין ע"י השטר בטל מפני שהשטר פסול, והם זה יהיה ע"פ שיטת הר"ן והרשב"א, הלא המחבר פסק (באה"ע סי' ל"ה סעי' ב') כהרמב"ם והרא"ש וכן הטור גם פסק כן בהחלט, והיאך

שתמו הט"ו הכא כדברי בעה"ת, א"ו כמוש"כ דהתם שאני שאין עומד הדבר לכך שתכפור הממון ולכן בטלה הנגיעה ולא נחשב נוגע, משא"כ היכא שהנגיעה נשאר גם אם יודה הבע"ד אז יש לו דין עד פסול מפני שאין ראוי להעיד ע"ז:

י) **היוצא** מכל האמור שדין זה אם נוגע נחשב כעד פסול בדבר הצריך עדים בעת חלות הדבר במחלוקת שנויה, שלדעת הר"ן והרשב"א מלתא דפשיטא הוא שאין כאן עדות כלל, ולדעת הרמב"ם והרא"ש יהיה תלוי במחלוקת, שלדעת הש"ך והסמ"ע חשיבי עדות כשירים לענין חלות הדבר, ולדברי הקצה"ח והנתיבות וכן הפרישה הוה עדות פסולים ואין מועיל במקום שצריך עדים, ואם כי אין בידינו להכריע, מ"מ הראנו בע"ה שמשמעות בעה"ת והט"ו הוא שפסול לגמרי, שאין מועיל הקנין כלל אף בעת מעשה, וכן מוכח זה ג"כ ממה שלא זכרו הט"ו שאם הלוה רוצה לסלק המעות ומכין בידו שמהימן, שהרי אז אין הלוה נוגע בדבר ויכול להעיד, [ואין לומר לפי שתחלתו היה בפסול נוגע לכן לא מהימני א"כ כשיסלק הנגיעה, ז"א דהא בפסול נוגע לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות לדעת המחבר (בסי' ל"ג סעי' ט"ו)]. ולכאורה אמרתי להעיר לדעת הסוברים דנוגע מחשש משקר הוא פסול, וא"כ באמת בעת מעשה אין עליו שם פסול, רק כתבנו בטעם הדבר שאין נחשבים להיות עדים לענין חלות הדבר מפני שאין ראוים להעיד, למה לא נאמר שמקרי ראוים להעיד, דהא אפשר להם להסתלק מנגיעתם ולהעיד, בשלמא בהא דהר"ן והרשב"א בענין שליח נעשה עד, שם א"א להם להסתלק מנגיעתם כ"א ע"י האשה ואין תלוי בהם דבר זה, אבל לענין נוגע בכ"ד דקידושין שאנו דנין שיש להם נגיעה כאשר נבאר אי"ה להלן, הא אפשר להם לסלק מנגיעתם ויהיו ראוים להעיד, ויהיו נחשבים עדים לענין חלות הדבר, מ"מ מדברי הבעה"ת והט"ו בהא (דסי' ס"ו) שבארנו למעלה וכפי שיטת הקצה"ח והנתיבות מוכח, שגם שאפשר להעד הנוגע להסתלק מנגיעתו היינו להניח המעות ולסלק אותם למי שיגיע ואז יהיה כשר להעיד, מ"מ יש עליו שם פסול בעת עשית הדבר מפני שלע"ע לא סליק עלמו מנגיעתו, ולכן לא חל הקנין ע"י עדים הללו, וע"כ לא זכרו הט"ו העצה שיסלק הלוה ואז יהיה כשר השטר, מפני שזה אין מועיל שלא חל הקנין כלל מתחלה:

יא) **מעתה** נשוב לנ"ד לענין עדות של עד הראשון גם אם יהיה עדי הודאתה שקבלה הקידושין, כיון שבארנו לעיל (אות א' ואות ב') שעדות של עד השני בטלה מפני שאמר מתחלה שלא ראה נתינת כסף קידושין מידו לידה, וגם אין לחוש לקידושי ספק מפני שאמר א"כ שאין זוכר ואולי ראה באמת מפני שזה נחשב כחוזר ומגיד, ואחרי שאין לנו רק קידושין בעד אחד שלדעת רוב פוסקים רוב בנין ורוב מנין אין חוששים לקידושין אפי' שניהם מודים, זולת דעת הסמ"ג שחשש לדעת הרא"ש שקיי"ל כר"פ דאמר חוששין לקידושין היכא ששניהם מודים, ואפי' לדעת הסמ"ג והרא"ש נראה שהוא רק חשש מדרבנן, ועיין בנו"ב (מה"ת סי' ע"ה בשם מהרי"ט) דמאי דאמר ר"פ חוששין לקידושין הוא רק מדרבנן, וא"כ ודאי שמדינא אין לחוש לדעת המחמירים, כיון דהוה פלוגתא בדרבנן ובפרט שרוב המה המקילים, ולכן פסק המחבר בשו"ע (סי' מ"ב סעי' ב') דאין חוששין כלל לקידושי ע"א אפי' שניהם מודים, והרמ"א שהחמיר מ"מ במקום דחק ועיגון הקיל ג"כ, לכן בנ"ד שיש עוד צירוף להקל מה שהעד אמר שהוא נוגע, שלדעת הפוסקים הוא הר"ן והרשב"א מוכח שנוגע פסול מה"ת הוא גם שאין נוגע בעיקר העדות, שהרי כתב הר"ן והרשב"א בפ' האיש מקדש שהא דאמר בירו' כיון שהאמינתו תורה אינו כנוגע בעדות הוא רק להצריכה גט. משמע דאם לא היה הסברא שאינו

נוגע

נוגע בעדות אף גט לא בעיא, וכן בסוף דבריו שכ' הר"ן לד' ר' יוסי המוזכר בירו' חוששת ולריכה גט, לשון חוששת משמע שהוא רק חומרא בעלמא, וכן מדברי הרשב"א בחידושיו לקידושין משמע ג"כ שנוגע פסול תורה הוא שהרי כתב שם וז"ל „ומסתברא דספק מקודשת היא ובעיא גיטא מיניה" כו', ואם היה הרשב"א סובר שנוגע הוה רק פסול דרבנן היה להרשב"א לומר, ומסתבר דמה"ת מקודשת היא, והרשב"א בעצמו הכריע (בתשו' המיוחסות סי' קכ"ה) לעיקר שהמקדש בפסולי עדות דרבנן לריכה גט מה"ת, והכא שאמר הרשב"א דהוה ספק מקודשת מפני שחשש לדברי ר"י ב"ר בון שבירושלמי, שסובר שמה"ת לא הוה נוגע בעדותו, מוכח דזולת זה אם היה נוגע גמור לא היתה גם ספק מקודשת, הרי מבואר דעתו שנוגע פסול מה"ת לעדות. ולע"ע לי על הקלה"ח שהכריע (בסי' ל"ז ס"ק ה' ובסי' ל"ד ס"ק ד') דנוגע בעלמא שאין מעיד לעלמו רק בשביל עלמו, אין זה פסול מה"ת ורק מדרבנן שזה נחשב כאלו נוטל שכר להעיד, דהא מדברי הר"ן והרשב"א הנ"ל גבי קידושין מוכח שגם הנוגע בשביל עלמו ולא מעיד לעלמו פסול מה"ת, דהא בעדי קידושין עיקר העדות אין נוגע לעלמו דהא העדות הוא שנתקדשה, ורק הוא בשביל עלמו שעי"ז יופטר משבועה מן הכסף שקבל, מ"מ פסולו מה"ת כמו שהוכחתי מדבריהם ולשונם, ואם כי מהריב"ל מספקא לי' בפסול נוגע, אם מדרבנן הוא או מה"ת, יכול להיות שספיקו הוא אולי שאר פוסקים חולקים עליהם בזה, ומ"מ אחרי שהוכחנו מד' הר"ן והרשב"א שנוגע פסול מה"ת הוא, ופוסקים ראשונים שיהיה מבורר מדבריהם להיפך לא נתברר, אין לנו לזוז מדבריהם במאי דפשיטא להו. ועל הקלה"ח ל"ע, שבספרו אבני מילואים (סי' ל"ה ס"ק ו') כתב דפסול נוגע הוא מה"ת, רק אם יסלק לו המשלח מתביעתו ויאמין לו בלא שבועה, בזה כתב הריטב"א ועוד ראשונים שפסול מ"מ, מטעם שזה שמסלק לו המשלח דומה כאלו שוכרו שזהו רק מדרבנן כדין נוטל שכר להעיד יעו"ש, וא"כ הוא סותר לדבריו בקלה"ח (סי' ל"ז) שכתב שנוגע שמעיד בשביל עלמו הוא מדרבנן, דהא הכא בקידושין אין העדות רק בשביל עלמו ולא לעלמו, דהא העדות הוא מה שנתקדשה:

יב) **וא"כ** לפ"ז בנ"ד אין לנו עדים כלל אם נוגע פסול מה"ת הוא, כיון שהעד המעיד על הקידושין הוא נוגע שיהיה לו שכר אם ישארו הקידושין, ולבד שעתה עדותו הוא פסול בעת שהעיד, גם אם היא היתה מודה שנתקדשה אז [ויהיה זה הודאת קידושין של ע"א, שהשני כבר נתבטל עדותו והיא לא ידעה אם ראה השני בעמדו אחורי הגדר או לא] אין לחוש, כיון שהוכחנו מד' הר"ן והרשב"א וכן כתב הא"מ (בסי' ל"ה שם) שיש עליו שם פסול מתחלתו ותשוב זה כמקדש בלא עדים. — ואין לפקפק ולומר דנ"ד לא נחשב נוגע מפני שגם אם יחולו הקידושין עדיין אין ברור הוא אם יבוא על שכרו שהרי אמר כאשר יוגמר הדבר ויהיה לו נישואין עמה אז ישולם לו, וא"כ יכול להיות שלא יבא על שכרו גם אם הקידושין יהיו חלין, פן לא יהיה נישואין אח"כ שהיא לא תתרלה להנשא ותתעגנה עד שיולרך לתן לה ג"פ והוה רק ספק בנגיעתו, ויהיה זה דומה למש"כ התוס' (בב"ב דף מ"ה ע"א ד"ה מאי נ"מ) שבחשש שמא יתעשר ויהיה לו תועלת מעדותו לא נחשב נוגע, כיון דהשתא אין מרויח, והובא דין זה (סי' ל"ז סעי' י'), אך באמת לענ"ד אין נ"ד דומה לזה בשלמא התם שמא יתעשר הוא ספק שמא יבא לידי כך, ואנו אומרים מי יאמר שמלפה על זה ולכן לא נחשב זה נוגע לפוסלו, משא"כ בנ"ד שבתחלה הכניס העד עלמו בזה לענין לעשות מעשה זו בשביל המקדש, למען ישיג מטרת חפלו, וכן עלה ברעיונו של המקדש וכן בדעת העדים לעשות זה, וא"כ בתחלה עשו למען הנאה זו וכן הוא דעתם ניכר שעל ידי זה יבוא לידי נישואין עמה, וא"כ ספק זה שעומדים ומלפים ע"ז, חשוב זה שפיר נוגע שיופסל לעדות דבר זה בשביל כך:

ודמיון קלת לזה אביא מהא דאיתא בחו"מ (סי' ל"ז סעי' ט') הגזברים כל זמן שאין להם ולא לקרוביהם שום זכות בנכסי הקדש ולא בפירותיהן כשירים להעיד, משמע שאם יש להם זכות גם בהפירות אין כשירים להעיד, אף דהפירות אינם עדיין ומי יימר שיהיו פירות, אפ"ה אין יכולים להעיד מפני שהדבר עומד ע"ז שיהיה פירות, ולכן לא חשבינן זה לספק ונחשב נוגע. — וכן יש להביא ראיה לזה שאף נוגע ספק רק במקום שמלפה ע"ז חשוב נוגע, ממש"כ הב"י (סוף סי' ל"ז) מי שאמר להבע"ד אין רלוני לקלון לי שכר, רק אם תזכה יעמוד כך אם תרלה לתן לי שום דבר, ופסק הב"י דהוה זה נוגע שהדבר ודאי שישלם לו, והאי ודאי לאו דוקא הוא כי איך יאמר שהדבר ודאי הוא הלא אמר לו רק אם תרלה וא"כ אין יכול לתובעו בדין, וע"כ לריך לפרש מה שאמר ודאי היינו שהוא קרוב לודאי ועומד לכך, וה"נ בנ"ד עומד לכך שבחלות הקידושין ולא ירלה לפוטרה בגט, בודאי תתרלה סוף כל סוף לנישואין ונחשב זה נוגע:

יג) **אמנם** יש להעיר לענין נ"ד שיש לדון בזה אם יש להקל מטעם שהעד שהעיד הוה נוגע, כיון שכל נגיעתו רק מפי עלמו ידענו זאת, וא"כ לכאורה יש לומר שנאמין לו במה שאמר במיגו דאי בעי לשקר היה יכול לומר שאין נוגע, והנה לשיטת הסוברים בפסול נוגע מטעם שנחשב כקרוב, ודאי דלא מהני מיגו להכשירו לעדות, וכמש"כ הריטב"א בחידושיו בשני מקומות א) (בכתובות י"ח) במה שהקשה ויהיו נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון במיגו דאנוסים מחמת נפשות, ותירץ שם שהעד אין נאמן כשיש בעדותו חשש מחמת גוף העדות, וכן כפל דבריו שם (י"ט ע"ב) שהקשה הריטב"א, וא"ת יהיו העדים נאמנים במיגו דאי בעו אמרו גזלנים היו, וי"ל דהא פרישנא לעיל שאין העדים נאמנים במיגו, ב) (בקידושין מ"ג ע"ב) באמלע ד"ה מאי קסבר וז"ל, ואע"ג דאמרינן בעלמא שכל עד שאין נאמן מתוך עדותו אינו נאמן במיגו, התם הוא שאין נאמן מתוך פסול אחר, אבל הכא כשר לעדות הוא, אלא שאתה אומר שנוגע בעדות הוא ובהא אמרינן דלאו נוגע הוא כו' עיי"ש, וכן מלינו להתוס' (כתובות כ"ה כ' בד"ה הרי) שהקשו שיהיה נאמן במיגו דאי בעי אמר שאינו בנו, ותי' דאע"ג דאיכא מיגו לא מהימן לומר כו', שלדבריו קרוב הוא כדאמרינן בהחולך (מ"ז א') לדבריך א"י אתה, וכן נאמר כאן לדבריך נוגע אתה, וכן מלאתי בשיטה מקובלת (כתובות י"ט כ' ד"ה וכאו) בשם הרא"ה וז"ל שם, והרא"ה תירץ דעדים לא מהימני במיגו כל היכי דלא מהימני מחמת עדותן דלא הימניכהו רחמנא בהכי ע"כ, ובאמת התוס' (כתובות י"ח ב') שהקשו להימניכהו במיגו דאי בעו אמרו אנוסים היינו מחמת נפשות, מה שלא תירלו שבעדים לא שייך מיגו, שיש לחלק לדעת התוס' שסברי שלבטל השטר שפיר יש לומר שיועיל מיגו ולכן ניהמניכהו ע"ז, אבל לא להאמין עדות פסולה ע"י מיגו, וזה למדוכו התוס' (בכתובות כ"ה ע"ב) שהבאנו כאן:

אמנם יש לדון הא תינח אם נאמר שפסול נוגע הוא פסול בעלם מטעם קרוב הוא שפיר יש לומר שלא יועיל המיגו להכשירו, אבל אם נאמר שפסול נוגע הוא רק משום חשש משקר אבל באמת כשר הוא, וא"כ נאמר שיועיל לו המיגו שע"י זה ילא מחשש משקר וממילא יועיל עדותו אח"כ אחרי שבאמת עד כשר הוא, אמנם מדברי הריטב"א דלעיל שבקידושין שהבאתי כאן מוכח שגם בפסול נוגע לא יועיל המיגו להכשיר עדותו, ורק התם גבי קידושין מה שלהשליח מועיל המיגו דיכול לומר אהדרינהו ללוה משום שזה מסיר הנגיעה, אבל במקום שהנגיעה נשאר גם אחרי המיגו

המיגו אין מועיל לו המיגו לפי דברי הריטב"א הנ"ל, שכיון שאין נאמן בעדותו אין מועיל לו המיגו שיחשב מחמת זה עד, וזה אין סברא לומר מחמת זה שהריטב"א סובר שפסול נוגע מטעם קרוב הוא, כי למה לנו לעשות מזה מחלוקת בין הראשונים לדברי הסוברים שפסול נוגע משום שקר הוא, וע"כ צריך לומר שיהיה מאיזה טעם שיהיה שהוא פסול, ירד עליו שם פסול ואין מועיל לו המיגו להכשירו, ככל פסולים לעדות, וכן מוכח ממה שהריטב"א רוצה לתרץ בקידושין בטעם שלא יועיל מה שיסלק לו הלוה ויפטור אותו משבועה, משום דבעינן תחלתו וסופו בכשרות, והנה בעת התהוות הדבר עדות וראה אז הדבר באמת לא היה אז משקר, ואפ"ה קרינן לו תחלתו בפסול, ומביא שכן תירץ רבינו אשר ב"ר משולם הרי דקרינן לו עד פסול משום שאין ראוי להעיד מחמת נגיעתו, וא"כ ה"ה שאין מועיל לו המיגו מחמת שנקרא עליו שם עד פסול, וא"כ בנ"ד נחשב עד פסול מתחלת העדות. ואין לומר שבנ"ד מיקרי ראוי להעיד מפני האפשרות לו שלא להגיד שהוא נוגע ומיקרי עד כשר, ולכן לא יחשב בעת ראיה לעד פסול, ז"א דאין סברא שיחשב ראוי לעדות במה שיכסה ויעלים מאת ב"ד מה שהוא נוגע, כיון שכשיאמר כל האמת כמו שהוא לא נאמין לו ולא יהיה עליו שם עד מחמת שנפסל לעדות, ממילא מתחלתו לא הוה ראוי לעדות, וכמו שהבאתי כאן דברי הריטב"א ורבינו אשר ב"ר משולם וכן לעיל (באות י') כתבתי והוכחתי שדעת בעה"ת כן הוא. וע"כ איך שיהיה אם נוגע מטעם משקר הוא או מטעם קרוב, שם פסול עליו מתחלתו, ממילא בנ"ד אין לחוש להעד אחד גם אם נחשיבה למודה, מ"מ כיון שהעד פסול מחמת נגיעתו, לא מיבעיא אם הוא פסול תורה ודאי דבטל עדותו, אפילו אם נאמר שהוא רק פסול דרבנן הא דנוגע, וכמו דמספקא להר"י ב"ל (כמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ד) כיון שקידושין בע"א הוא ג"כ דרבנן, לכן שפיר אהני פסול דרבנן לבטל הקידושין, דהם אמרו והם אמרו, ועוד דבספק לבד נוכל להקל בקידושי ע"א דהוה רק ספק, והוה ספק ספיקא להקל:

יד) **ויש** להעיר בנ"ד אם פסול מחמת נוגע אפילו באית ליה מיגו, בהא דאיתא בחו"מ (סי' ל"ז סעיף ד' ובסי' ע"ז סעיף ה') ראובן שתבע משנים וכפר אחד והודה אחד שאין עדותו מחייב לחברו והמודה יתחייב לשלם הכל, וכתב ע"ז האו"ת (באורים סי' ל"ז ס"ק י"ד) שדוקא בתבעו בברי, אבל בטוענו שמא אין עליו שבועה והרי זה כמו שלוחים דנאמן כיון שאין נוגע בדבר דהא יש לו מיגו, וכן הקצה"ח (סי' ע"ז ס"ק ד') כתב כן, ומדמי זה להא דסי' ק"מ (סעי' א') דאם אין ידוע למערער שדרו בה השוכרים לא הוו נוגעים דמיגו שיכולים לומר לא דיירינן [לא הזכיר הקצות שכבר כתב זה האו"ת בסי' ל"ז], אמנם הנתיבות חלק ע"ז בשני המקומות (בסי' ל"ז ס"ק ו' ובסי' ע"ז ס"ק ו') וכתב שם שכל שיש לו בעדותו צורך לו דהא הוא ג"כ תובע המעות שמעיד עליו, הוא פסול מטעם קרוב, והנתיבות הביא ע"ז ראיה מדברי הר"ן (כתובות פ"ד ע"ב) מהא שהבקרא אין נחשב לעד אחד נגד התופס, כיון שלפי דבריו שאומר לאחר מיתה תפס הוא חייב לשלם ליתומים, הו"ל בעל דבר, ואף שהיה יכול לומר מחיים תפס והיה נפטר מהם, מ"מ הוא פסול להעיד:

וראיתי בזה שני מחברים גדולים מגבהים בסיגנון אחד הוא בספר דברי משפט (סי' ע"ז ס"ק ג'), ובספר נחל יצחק להגאון הג' זצוק"ל מקאוונא (בסי' ל"ז) לדחות ראית הנתיבות מהא דכתובות מד' הר"ן, ולחלק הא דשותף משם, מפני שבהא דבקרא יש לו דין בעל דבר, שהרי הבקרא יכול לתבוע מן התופס עכשיו שהרי הוא חייב לו מחמת שהוא מחויב לשלם להיתומים עבור השור שנאבד אגלו ע"י פשיעתו, משא"כ בהא דשותף במקום שאין התובע תובעו אם שהוא מתחייב לשלם עבורו מלד ערב מ"מ לע"ע לא שילם ואין יכול לתבוע מהשני כל זמן שלא שילם עבורו ואין לו רק דין נוגע ולא דין בע"ד, ובנוגע כל שיש לו מיגו מבטל נגיעתו, וכמו הא דסי' ק"מ שהביא הקצות ראיה לדבריו:

טו) **ולענ"ד** נראה שיש לדון בזה אם שחילוקם הוא חילוק נכון, מ"מ להא דסי' ק"מ לא דמי כלל, דהתם לפי מה שאומרים העדים שדרו שלשה שנים, וממילא הוה בחזקת המשכיר א"כ לפי דבריהם אינם חייבים כלל למערער, וגם אם עדותן היתה בטלה לגבי המחזיק כגון שהיו קרובים לו, מ"מ לגבי נפשייהו היו נפטרים לשלם למערער שהרי לפי ידיעתם הוא של המחזיק הוא המשכיר, רק כל נגיעתם הוא משום שמא אין אמת כדברי השוכרים ודרו פחות מן שלשה שנים ומתחייבים לשלם להמערער, וע"ז מועיל שפיר טענת המיגו שלהם להסיר הנגיעה, משא"כ בהא דשותף כפי מה שאומר העד יש לו נגיעה, שהרי אם לא ישלם השני הוא מלטרך לשלם וא"כ הוא באמת נוגע בעדותו, וגם אם עדותו לא תתקבל, מ"מ כפי מה שאומר והוא יודע שלוו ביחד מחויב הוא לשלם להמלוה, וע"כ נחשב נוגע בעדות כפי מה שאומר הוא העדות, משא"כ הא דסי' ק"מ וכן הא דאיתא בקידושין גבי הן הן שלוחיו והן הן עדיו, שגם כפי מה שאומרים שעשו שליחותן אין עליהם שום חיוב תשלומין רק מה שהוצרכו לטענת מיגו משום שיש לחוש שמא שקר הוא ונצרך לשבע לאמת דבריו, ולכן נוגע בעדות הוא לבטל ממנו חיוב השבועה, ולכן כשיש לו מיגו שיכול לטעון טענה אחרת שיופטר בזה, ולכן ממילא בטלה נגיעתו:

אך מה שיש לדון בהא דשותף שהרי הנגיעה הוא אם דבריו של העד אמת אבל אם אין זה אמת אין כאן נגיעה ומנ"ל לפסול באופן כזה לעדות, הא יש כאן ממ"נ אם אמת כפי מה שהעיד הרי אמת הוא, ואם אין אמת הרי הוא אין נוגע כלל, וע"ז שפיר הביא הנתיבות ראיה מהא דכתובות מבקרא מהא שכתב הר"ן שם שאמר לאחר מיתה תפס, שכל נגיעתו הוא מלד שאם אמת הוא שתפס לאחר מיתה, אבל אם מחיים תפס אז לא היה עליו חיוב תשלומין שהרי כדין תפס, וא"כ גם בזה יש לדון ממ"נ דאם מחשבינן ליה לנוגע ע"כ האמת כדבריו, ואיך נפסול לו מתוך נוגע, ומ"מ אמרינן בו כיון שלפי דבריו הוא נוגע פסלינן לו לפי שאומר עדותו לעצמו:

אלא שעדיין יש לדון, בשלמא התם בהא דבקרא שנעשה בעל דבר ע"פ אמירתו, אף שיש כאן ממ"נ מ"מ פסול הוא להעיד משום שלפי דבריו הוא בעל דבר, וכמו שהביא ע"ז בספר נחל יצחק הא דכתובות (כ"ה ב') שלדבריו קרוב הוא, ואף שיש כאן ממ"נ אם בנו הוא הרי הוא כהן, מ"מ אמרינן שאין יכול לומר עליו עדות בזה שהוא קרוב, וה"נ א"א להתקבל עדותו מזה שאומר לאחר מיתה תפס, שעדות אשר בזה העדות נעשה בעל דין א"א להתקבל, משא"כ בהא דשותף שאין לו רק דין נוגע, ובנוגע הרבה דיעות סוברים שאין עליו פסול בע"ד רק מלד חשש משקר, וא"כ כאן א"א לבוא עליו מלד נגיעתו לחוש חשש משקר, דהא י"ל ממ"נ אם הוא משקר הרי אינו נוגע ואם נוגע הוא אינו משקר, וא"כ לכאורה אין לפסול בזה:

טז) **מ"מ** נראה לענ"ד שפיר קאמר הנתיבות, ומדברי הר"ן דכתובות מוכח שגם בנוגע לחוד לא אמרינן האי סברא דממ"נ להכשירו, דהר"ן כתב שם בסוף דבריו, ואפי' טען נמי דתפס באונס מיניה אפ"ה לאו כע"א הוא שהרי צריך לשבע ליתומים כו', וכיון שצריך לשבע אינו כעד אלא כבע"ד כדאמרינן בקידושין, כו' עכ"ל, וניחזי אנן אימתי נקרא עד הצריך שבועה, אם אנו צריכים להסיר מאת העד את נגיעתו, וכן הוא בקידושין (מ"ג ב') שמקודם מחשבינן

מחשבינן אותו לנוגע בעדות מפני שאם יאמר להד"ס צריך לשבע, ואם ישבע היכא שמסרו למלוה שאז אין נוגע לו האמנת עדותו, אז נחשב עד הצריך שבועה ופסול מחמת זה, וה"נ בההיא דבקרא נ"כ כן הוא דרך משל, אם היו שני עדים שומרים [דזהו כללא כל שנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבועה] אומרים שתפס לאחר מיתה, ואם היו מאמינים לעדותן הלא לא היו נצרכים לשבע על טענותם שהיה באונס מפני שהרי היו ב"ד גובין מן המלוה התופס, אך מצד שאנו דנין אותם לנוגעים בעדותן לפטור עצמן מהשבועה המוטל עליהם, ולכן אינם יכולים להיות לעדים מפני נגיעתן, הגם שהיו יכולים לפטור עצמן אם היו מודים להתופס שמחייס תפס, שאז מחויבים להניח לו לתפוס כדין כל בע"ח, מ"מ דיינינן להו לפי דבריהם לנוגעים, והכא אינו רק נוגע לפטור עצמו מן השבועה וגוף ממון אין להשומר על התופס, רק הוא בא בשליחות המפקיד בעל הבהמה המה היתומים, סוף דבר אם נאמר שסיטת הר"ן בנוגע בשביל עצמו ולא לעלמו הוא מטעם משקר נפסל, מוכח מדברי הר"ן שגם בחשש זה בנוגע אין אומרים ממ"נ שנאמין לו להסיר החשש משקר כמש"כ לעיל בדברינו, רק כיון שהוא נוגע עתה ויש עליו שם עד פסול, שהרי כפי מה שהעד אומר שכן הוא הוא נוגע באמת, ואין דומה זה להא דקידושין (מ"ג ב') במקום שיש לו מיגו או בההיא דסי' ק"מ במקום שאין המערער טוען עליהם כדי שהדו שיש להם מיגו ואין נריכין שבועה, שם הוא לפי מה שאומרים העדים אין עליהם נגיעה וכמש"כ מקודם, וא"כ נדקו דברי הנתיבות. ואין לומר כפי מה דאיתא בב"ק (ק"ה ב') נגנבה באונס כו' שקודם השבועה מוטל על השומר לעשות דין עם הגנב לכו"ע, לכן יש לו דין בע"ד להבקרא לאבתעי דינא עם התופס, ז"א, דנהי שמחויב לעשות דין עם התופס מצד חיוב שמירתו, מ"מ גוף הממון אין שלו, רק מצד נוגע אתינן עליו. — ועיין בשמ"ק כתובות (פ"ד ב') אהא דבקרא וז"ל בשם הריטב"א אית לך סהדי דלאחר מיתה תפס „פירוש דאיהו גופו אין נעשה עד דנוגע בעדות הוא, ובכי הא אין שליח נעשה עד וכדאיתא בקידושין" כו', הרי נראה דקרי ליה נוגע כדאי' בקידושין, והתם אינו בע"ד רק נוגע, וזהו הנראה לענ"ד לחזק דברי הנתיבות בזה:

ומ"מ גם לשיטת האו"ת והקצה"ח בשותף שמעיד היכא שאין התובע תובעו בברי, מ"מ בנגיעה כמו בנ"ד, נראה שגם הם יודו לזה שאף שיש לו להעד מיגו לומר שאין לו שום נגיעה, מ"מ כיון שנודע מתוך עדותו שהוא נוגע בעדותו שיש לו תועלת מזה הרי יש עליו חשש משקר ותועלת נגיעתו א"א לבוא בלתי הגדת עדותו, וא"כ יש לו פסול על הגדת עדותו ממש, ואין דומה להא דשותף (נסי' ל"ז) דשם אם לא היה מגיד עדותו לא היה לו נזק כלל, משא"כ בנ"ד שרק ע"י קיום עדותו ישיג תועלת לבוא על שכרו, וא"כ יש על עדותו שם פסול בעלמותה, וע"כ לא יועיל המיגו להכשיר עדות פסולה:

יז) **אך** מה שיש לחוש בנ"ד אם שכתבנו בהגב"ע שבעוד שהיינו עסוקין בדרישת העדות אמר לנו העד הראשון פ' ב"א, שהבטיח לו פב"פ שכאשר יוגמר הענין ויהיה ניבואין ישולם לו, מ"מ יכול להיות שמעת הגדת העדות היה זה יותר מכדי דיבור, וגם מה שאמרו הב"ד לאביה שבא בכחה להיות בעת קבלת העדות לנאת, ועד שהתחלנו לחקור ממנו דבר זה אפשר שהיה יותר מכדי דיבור, וא"כ כיון שהעדות נגמר מקודם, אין יכול העד לעקור אותה במה שיאמר אח"כ שהיו נוגעים, וכדאיתא בחו"מ (סי' ל"ז סעי' ג') עדים שהעידו ואח"כ הודו שיש להם חלק בזה שאין באותה הודאה ממש, וכמש"כ שם הסמ"ע (בס"ק י"ד) דכיון שהעידו שוב אין יכולים לומר דבר שמקלקל עדותן, וכן איתא בסמ"ע (ס"ק כ"ג) שהביא בשם הריטב"א לענין מה שאמרו העדים קרובים של הגזברים שלוה שהגזבר יחלק למי שירצה, שכיון שמקודם העידו על ההקדש סתם לאו כל כמינייהו לבטל את עדותן במה שיאמרו שהן נוגעים, וכיון שהגיד כו', וא"כ ה"נ בנ"ד יש לומר שכיון שהיה אחר כדי דיבור מעיקר הגדת העדות, שוב אין חוזר ומגיד לבטל עדותן במה שאמרו שהן נוגעים:

מ"מ נראה לענ"ד שאין לחוש לזה ושפיר מהימן במה שאמר שהוא נוגע בעדות ותשבינן ליה לנוגע, ומתרי טעמי אתינן עלה שאין נחשב חוזר ומגיד, חדא דאיתא בסמ"ע (בסי' כ"ט ס"ק ב') אף אם הפסיקוהו וחזר ואמר שרוצה להשלים אלא שהפסיקוהו יכול להשלים דבריו ובלבד שלא יסתור עדות לגמרי עכ"ל שם. — והנה דברים אלו לקוחים מדברי מרן הרב"י (בסי' כ"ט מחודש י"א) וז"ל שם באמצע הדיבור, ונראה לי שאם גמר עדותו וקודם שיזכור התנאי ערערו עליו בע"ד, והפסיקו וחזר ואמר שהוא רוצה להשלים דבריו אלא שהפסקוהו, ועכשיו משלים נאמן, אבל לומר דבר שסותר עדותו לגמרי לא מהימן כיון שעבר יותר מכדי דיבור, עכ"ל, הרי רואין אנו שזה אין נחשב כהגדת עדות, דאם היה נחשב תוך ההגדה, הלא בתוך כדי דיבור של חברו יכול לחזור לגמרי מן העדות, רק כל שעסוקין באותו ענין של העדות הגם שהוא לאחר כדי דיבור מן עיקר העדות, מ"מ יכול להוסיף דברים שאין מכחישים לאמירתו הראשונה מפני שהענין לא נגמר לגמרי עדיין, ויכול להוסיף תנאי, הגם שע"י התנאי יוכל היות שפעמים יתבטל לגמרי העדות, מ"מ כיון שאין סותר דבריו הראשונים יכול להוסיף, וה"נ בנ"ד אחרי שעסוקים היו בענין זה ונזקקו לכך להגיד כל שידרשו ב"ד מהם, ועדיין לא סילקו אותו ב"ד, ומה שאמרו ב"ד שאביה המורשה שלה ילא ממקום מושב ב"ד כי נצרך לדרוש דבר שלא במעמדו, נזקקו העדים לענות ע"ז שידרשו מהם, נראה שהגם שהיה זה יותר מכדי דיבור מהגדת עיקר העדות, מ"מ כיון שאין זה מכחיש לעדותו הראשונה ואין אומר מבודה הייתי, רק אומר דברים נוספים, הגם שמזה נמשך ביטול להעדות שפיר מהני, ועוד מצאתי להחתם סופר (בחלק אה"ע סי' ק"ג ד"ה אלא) שכתב שם וז"ל משמע שעדיין היו עסוקים בדרישות ושאלות להעדים ובע"ד, והכל נחשב כדיבור אחד ובתוך כדי דיבור כמוש"כ הסמ"ע (בסי' כ"ט ס"ק ב'), הרי שגם דרישת ושו"ת להעדים ובע"ד אף ששם נראה שעיקר עדותן אמרו מקודם, מ"מ מחשיב זה הכל לדיבור אחד, וא"כ ה"נ בנ"ד:

יח) **עוד** נראה לענ"ד לומר בענין נ"ד טעמא שנאמין למה שאמר העד שהבטיחו שכר עבור עסקו בזה כשיוגמר הדבר, הגם שבזה יובטל העדות אף שהוא אחר כד"ד מן אמירת העדות, והוא דאיתא (בב"ב קס"ז ב') גבי ההוא תברא דחתים עליה ר' ירמיה ב"ר אבא דאמרה לאו אגא הואי כו', אמר אביי אע"ג דאמור רבנן כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד לורבא מדרבנן לאו אורחיה למידק, ומהימן לומר שטעה בה, והובא זה בשו"ע (אה"ע סי' ק"י סעי' א' ובחו"מ סי' כ"ט סעי' ב'), והנה זה ודאי אם היה בא השובר לפני ב"ד והלורבא מדרבנן החתום לא היה שם היינו דנין ע"פ השובר המקוים בח"י הניכר לנו, שהוא שובר טוב ולא היינו חוששין שמא טעה בה בהכרתה הלורבא מדרבנן החתום על השובר, דאי לאו הכי שתמיד חוששין בלורבא מדרבנן בסתמא שמא טעה, א"כ מה תועלת שחותם הלורבא מדרבנן לעד על השובר של אשה, אחרי שלא נוכל לדון ע"פ השובר וחיישינן שמא טעה עד שתודה האשה שהיא עשתה השובר, א"ו שכל שאנו רואין שובר חתום דנין אותו בחזקתו שכן הוא שהנזכרת שם קבלה כתובתה, ולא תיקשי לן למה הוצרך לומר בעובדא הסגיה דאמר אברא אנא הואי אע"ג דלורבא מדרבנן לאו אורחא למידק כיון דדק דק, הא בסתמא נמי דיינינן לשובר בחזקתו עד שיאמר שטעה, יש לומר שלכך

הולרך

הולרך אביי לומר זה מפני שהאשה עמדה בפניו של ר"י ב"א ואמרה לו לאו איתי היא, והוה אמינא חזקה אין אשה מעיזה בפני גורבא מדרבנן, ואולי אמת שטעה בה משום דלורבא מדרבנן לאו אורחיה למידק, ועוד אפשר לומר אולי היתה תופסת והיה לה מיגו ואפ"ה אמר אביי כיון דדק דק, והוה עדות גמורה שנתקבלה כתובתה, וכן מוכח ג"כ לשון חו"מ (סי' מ"ט) והיכא דסמיך האשה או קרוב ואשתכח טעותא לצורבא מדרבנן מקבלינן, משמע דוקא דאשתכח טעותא ע"פ מאמרו של הצורבא מדרבנן, אבל בסתמא לא חיישינן לטעותא, וא"כ ראוין אנו בשובר חתום שהוא כנתקרה עדותן בב"ד, אפ"ה באומר צורבא מדרבנן שטעה בה כיון דשכיח טעותא מקבלינן, ואין אנו חוששין לחוזר ומגיד מפני ששכיח הדבר ועומד לכך שאם יאמר כן יהיה עדותו בטלה. מעתה יש לומר בנ"ד שבודאי מלתא דשכיח הוא שכל ההולכים ועוזרים בעניינים מכוערים כאלו שלא לאנס באיס ע"ז, ובודאי פסק להם שכר, ובפרט באלו שידועים שדרכן להתערב בעניינים הרבה, רק למען שכר, וכיון שהוא דבר המצוי ועומד לכך שיהיה כן, ע"כ ראוי שיהיה נאמן העד על זה ולא יקרא זה חוזר ומגיד. ונ"ד עדיפא דאם שם מהימנינן ליה מלד דשכיח דלו"מ לא ידקדק בה, ומבטלין לחתימתו הראשונה שלא כן הוא וחזימתו מוכחשת, כש"כ בנ"ד שמלד דבר ששכיח יהיה נאמן בדבריו האחרונים שיש לו נגיעה, אף שממילא תהיה מבוטלת העדות, מ"מ אינם מכחישים לדבריו הראשונים, בזה ודאי ראוי להאמין לדבריהם משום ששכיח הדבר, ובעת קבלת בע"ד להעדות היה הסברה שכן הוא, ובאמת מלינו שמה שהעדות מתבטל ממילא, קיל הוא לענין חוזר ומגיד ממה שמכחישים לגמרי, דקיימא לן אין תוך כדי דיבור מן הגדת העדות יכול לומר שקר אמרתי, ואלו אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים העדים אפילו אין כתב ידן יוצא ממקום אחר, מפני שאין אדם משים עצמו רשע, וזהו מנגד לגמרי להשטר שחתמו ע"ז וא"כ אין זה דומה לתוך כדי דיבור, ומ"מ אנוסים היינו מחמת נפשות שזה אין מנגד לגמרי לחתימתן הראשונים, אע"פ שמ"מ השטר נבטל ע"י זה נאמנים באין כתב ידן יוצא ממקום אחר. סוף דבר שנראה שבכגון זה ראוי הוא ע"פ שורת הדין שיהיו נאמנים במה שאמרו שהמה נוגעים בעדות זה :

אבל הלין טעמי שכתבנו והערכנו בזה נראה שמעיקר הדין גם כשהיו שני עדים רואין הקידושין, ג"כ יש לבטל הקידושין מלד הנגיעה, ואף אם נחוש לדעת המחמירים שיש לחוש בנוגע אם היו שניהם מודים, משום שבעת מעשה הראיה הנוגע לע"ע כשר הוא, לפי שאינו רק משום חשש משקר, או לדעת מהריב"ל שפסול נוגע אינו רק מדרבנן, מ"מ אין לחוש בנ"ד מתרי טעמי, א') כיון שבארנו לעיל שאין כאן רק קידושין בע"א שהשני לא ראה, ב') אפי' שנחוש למה שאמר אח"כ שיש ספק אללו אם ראה אז, הרי הוא ספק ספיקא שמא לא ראה אז, ולא הוה רק קידושין מדרבנן, ובזה יבטלו מפני הנגיעה כדעת הרוב פוסקים ראשונים ואחרונים שבארנו לעיל בע"ה, ואם נחוש שמא היה אז ראה, יש לצרף שדעת רוב הפוסקים שנוגע פסול גמור מיקרי, ולא חלו הקידושין מתחלה דהוה זה כקידושין בלא עדים, וא"כ לענין שיהיה קידושי תורה הוה ספק ספיקא גמור שמא לא ראה אז העד השני ולא היה קידושין בפני שנים, ואת"ל שראה אז, שמא הדין שנוגע פסול גמור, ונגיעת השני היא נגיעה ברורה, שהוא אמר שנוגע טרם שאמר שאללו הוא ספק אם ראה, ולענין קידושין דרבנן הוה ספק אחד שמא משום נוגע נפסל עדותו כאשר בארנו לעיל, ולכן הסכמנו אז שהקידושין אינם קידושין כלל ואין לחוש להם כלל. [ומה שכתבתי כאן הש"ס הוא רק לתוספת, כי לעיקר כבר כתבתי לעיל (באות ב') שאין לחוש לאמירה השניה של העד השני, דהוה חוזר ומגיד, אך כתבתי שגם אם יסתפק מי ע"ז, ג"כ אין חשש מפני שגם לדבריו האחרונים של העד השני, יש כאן ספק ספיקא ספק מעשה, עם ספיקא דדינא של נוגע, ובש"ס כזה במקום חזקת היתר, ודאי נראה שאין לחוש להחמיר כלל, ודו"ק]. ולאומר הנושא הרליתי הדברים ושלחתי לשלשה רבנים גדולים מובהקים ומפורסמים, והסכימו ג"כ שאין לחוש להקידושין וילא הדבר בהיתר :

סימן יא

ע"ד עובדא בכהן שנשא בתולה ואח"כ אמר שלא מצא דם בתולים והיא טוענת בתולה אני אם מותרת להכהן הנ"ל, וזה אשר כתבתי בזה בע"ה :

איתא בשו"ע אה"ע (סי' ס"ח סעי' ז') כשאמרו שטענתו על הבתולים טענה, אם היא אשת כהן הרי היא אסורה עליו, וכתב ע"ז החלקת מחוקק שבזמן הזה שמקדשין בעת החופה וכו' ומסתמא כשלא נמלא לה בתולים זנתה קודם הקידושין בעת שהיתה פנויה ותולין במלוי, ואז יש לומר שלא נאסרה על בעלה כהן, וכן העתיק דבריו הב"ש (בסי' ו' ס"ק כ"ח) והן הן דברי הב"י על הטור (בסי' ו' והובא בט"ז ס"ק י"ב). — והנה הבית מאיר (בסי' ס"ח) השיג על דברי הח"מ והב"ש, וכתב עליהם שקלרו במקום שהיה להם להאריך, כי לא מהני זה כ"א בעיר שכולה ישראלים ואין שם לה שום קרוב הפוסלה בביאתו, אבל בעיר שנכרי או קרוב אחד שם, בעינן דוקא תרי רובי דהיא כאלמת המבואר (בסי' ו' סעי' י"ח), וכן רמז הב"מ זה על דברי הב"ש (בסי' ו' ס"ק כ"ח) שבכגון זה בעינן תרי רובי דוקא. — ובאמת אשר השיג על דברי הח"מ והב"ש לא עליהם תלונתו כ"א על הב"י שכתב (בסי' ו') בחיבורו על הטור וז"ל, ואם קידש ובעל מיד, נראה שאפי' באשת כהן מותרת דודאי לא נבעלה תחתיו, והכי דייק לשון רבינו ולשון הרמב"ם „ולאחר זמן בא עליה" ע"כ, הכי נאמר בפירוש דבריו שהמה דברו דוקא בדרה בעיר שאין שם שום א"י ופסול וקרוב אפי' אחד. [ולסברא זו דבעינן שתהיה דוקא בעיר שאין בה שום אחד מהפסולים הפוסלים בביאתם לכהונה, יש להעיר אם בעינן שתהיה דרה כל ימיה בעיר כזו, שאין בה שום אחד מהפסולים, דאם באיזה זמן קודם היתה בעיר שנמלא בה אחד מהפסולים, אכתי יש עליה ספק דילמא באותו הזמן נבעלה לפסול לה, ואולי יש לומר שבכגון זה מסייע חזקת הגוף שלה שהיתה בתולה שלא נבעלה מקודם, רק אחר כן בזמן המאוחר, היינו כשבאה למקום הזה שכל הדרים שמה כשירים המה, ויש לעיין בזה] :

והנה דעת הרמב"ם (פי"ח מהלכות א"ב) שאפילו בדאיכא תרי רובי לא שרי כ"א בנבעלה בפרשת דרכים או מועיל לה התרי רובי, אבל כל שראינו שנבעלה בעיר או נתעברה בעיר אין לה דין תרי רובי, רק כרוב אחד נחשב זה, וגם סובר הרמב"ם שבאינה טוענת לכשר נבעלתי אפי' בדיעבד תלא היכא דליכא תרי רובי, וא"כ מרן הב"י שדייק מל' הרמב"ם שכתב „ולאחר זמן בא עליה" שכל שקידש ובעל לאלתר אחר שקידשה שמותרת לבעלה כהן, כפל זה בבירא, דלא משכחת לה רק כשאין בכל העיר אף קרוב או פסול או א"י אחד, ודברי זה כמעט הוא בלתי אפשר במליאות לגמרי. — והריטב"א בחידושיו כתב בדף ט' שאשת כהן שאסורה, משום ספיקא דתחתיו, אע"ג דנבעלה לפסול לה אסורה אפילו אינה תחתיו, להא ליכא למיחש כיון דרוב כשרים אללה, הרי שגם שאין טוענת ברי לכשר נבעלתי, מ"מ סובר שברוב כשרים מותרת ולא מלריך לתרי רובי.

ולכן

ולכן נראה. לענ"ד לומר דמה דקיי"ל שבאין טוענת ברי לכשר נבעלתי בעינן תרי רובי וכל דליכא תרי רובי אפילו דיעבד אסור, הני מילי היכא שהספק נולד קודם נישואין ונעשה הנישואין באיסור, בזה אסור מצד מעלת יוחסין אפילו דיעבד, עד דאיכא תרי רובי, משום גזירה שמא לא יהיה רק רוב העיר ובאמת יהי' קבוע והוה מחצה מחצה, אבל היכא שהנישואין היה בהיתר שלא ידע בעלה הכהן שנשאה משום ספק, ואח"כ נודע לו בה איסור הספק, בזה לא מחמרינן ומוקמינן אדינא שבחד רובא שרי:

ולכאורה אמרתי להביא ראיה לזה, ממה שהקשו בתוס' כתובות (ט' א' ד"ה לא), נוקמא אחזקת כשרות שהיתה כשירה לכהונה, ולכאורה כיון שאינה אומרת לכשר נבעלתי אפילו בחד רובא לא שרינן גם בדיעבד עד דאיכא תרי רובי, ורובא עדיף מן חזקה, וכיון דארובא לא סמכינן גם בדיעבד עד דאיכא תרי רובי, והיאך נסמוך אחזקה, אלא ודאי שסברת דעת התוס' דהאי דיעבד שלא ידענו כלל מחשש איסור קודם הנישואין, קיל יותר, ומוקמינן אדינא ולא מחמרינן. — ואין לחלק ולומר שגם שרובא עדיף מן חזקה, מ"מ הטעם דבעינן תרי רובי משום דבחד רובא גזרינן רוב סיעה אטו רוב העיר, וברוב העיר חיישינן שזימנין הוה קבוע ואין כאן רוב, משא"כ בענין לסמוך על חזקה לא שייך הך גזירה, ולכן שפיר יש לסמוך על חזקה בדיעבד, וארובא לא סמכינן בדיעבד, אך באמת ז"א, דהא התם גם אפילו אי אזלא איהי לגבייהו דהוה קבוע וחשוב כמחצה על מחצה, מ"מ עדיין יש לה חזקה להיתירא חזקת כשרותה שהיה לה שהיתה כשרה לכהונה, וא"כ רואין אנו שאפילו ברובא וחזקה לא סמכינן גם בדיעבד באינה טוענת, לפי שעל רובא איכא גזירה ומעלה עשו ביוחסין, כש"כ אחזקה לחודא היאך נסמוך, וא"כ ע"כ צריך לומר דהאי דיעבד שהיה בהיתר בלי ידיעת שום ספק קיל יותר, וסמכינן על חזקה, וכש"כ על רוב אחד דרובא עדיף מחזקה:

אך בהתבוננתי בעומק סברת דברי התוס', נראה שאין מדבריהם ראיה לענין שאנו דנין לסמוך על רובא בכיולא בזה, דבאמת על דברי התוס' האלו עמדו הפ"י והפלאה והקשו מדברי התוס' לקמן (י"ב ע"א) גבי וליחוש שמא תחתיו זינתה דמשני הגמ' כגון שקידש ובעל לאלתר, וכתבו שם התוס' ד"ה כגון דע"כ צריך לומר שהראשון נמי קידש וכנסה לאלתר, דאי לאו הכי ניחוש שמא תחת הראשון זינתה ונאסרה לכהונה, והקשו המפרשים הנ"ל, הא לפי דברי התוס' כאן (בדף ט') שהקשו לוקמי אחזקתה שהיא כשרה לכהונה אין לנו הכרח לומר שהראשון נמי קידש וכנסה לאלתר, דהא כאן אין מנגד חזקת הגוף שהיתה בתולה, ואדרבה מסייע לה החזקת הגוף להחזקת כשרות לומר שזינתה אחר מיתת בעל הראשון, ועיין בס' הפלאה שתירץ לחלק בין טענת פ"פ לטענת דמים, והוא דחוק לחלק בין טענה לטענה שלא נזכר בגמרא. — אך לענ"ד נראה שדברי התוס' נכונים בעומק הסברא, ששם (דף י"ב) שפיר הוכרחו לומר שגם הראשון כנסה לאלתר, ואי משום חזקה, סברי התוס' דלא מוקמינן אחזקה היכא דאיכא ריעותא, ואסור משום מעלה עשו ביוחסין, וגם בדיעבד אסור, לפי שבאמת הספק נולד בה קודם הקידושין והנישואין של השני רק אנן לא ידעינן, ולכן כיון שנתגלה הדבר שהיה בה דבר המספק אותה קודם הקידושין ונישואין, שפיר אסרינן לה, והוה כמו דאמרינן ואסרינן בדיעבד בכל דוכתי, דלא סמכינן אחזקת היתר היכא דאיכא ריעותא וכמו דגזרינן אטו קבוע, הגם שגם במקום קבוע יש ג"כ חזקת היתר שלה, משא"כ (בדף ט') שפיר הקשו נוקי אחזקת היתר חזקת כשרות לכהונה ולומר דלאו תחתיו זינתה, דכל זד חשש האיסור הוא לאשת כהן שמא תחתיו זינתה, וזד הספק האוסרה הוא שמא נעשה זאת אחר הקידושין, ואלו היינו יודעים שהיה בה הריעותא שאין לה בתולים קודם הקידושין היתה ודאי מותרת דהא לאו תחתיו זינתה, וכיון שכל הספק הוא שמא נעשה בה איסור אחר הקידושין, בזה שפיר סברי התוספות דמוקמינן אחזקה חזקת כשרות ולא נחמיר על בעלה הכהן לגרשה מספק נגד החזקה, ודו"ק היטב בזה, כי הוא חילוק נכון בעומק הסברא ודבריהם נתישבו בעז"ה בטוב טעם שאין כאן סתירה. — ומעתה בנ"ד שאנו חוקרים היכא שיש כאן ספק שמא נבעלה לפסול לה, שהספק נתהוה בה קודם הנישואין בזה לא מוקמינן החזקה אפילו בדיעבד, אך לענין חד רובא יש לעיין אם מועיל זה כה"ג בדיעבד הרוב הזה, שלא ידע מקודם שום שמץ דבר מן ספק האיסור שמחמרינן ביוחסין עד דאיכא תרי רובי, ומדברי התוס' אין לנו ללמד מזה, אך מדברי הריטב"א וכן ממשמעות שדייק מרן הב"י מדברי הרמב"ם, משמע ג"כ שבחד רובא שרינן בדיעבד כזה שלא ידע שום ריעותא וחשש על האשה הזאת, שהרי סתמא דמלתא נמלאים פסולים בעיר, ואפ"ה לא אסרינן רק מחשש שמא תחתיו זינתה:

ומ"מ יש עדיין לדון בזה, דהנה מה שחלוק זה הדיעבד שמתירין אנו בחד רובא כמו שהוכחנו. מדברי הריטב"א, מהדיעבד של האשה שנאנסה כו' שאין מתירין גם בדיעבד בחד רובא, יש לומר משום דהתם כיון שנודע הספק, הלא הנישואין היה באיסור, משא"כ בהאשה שניסת בחזקת בתולה ואח"כ לא נמלא לה בתולים כיון שלא ידע עליה שום חשש ספק קודם הנישואין, לכן מקלינן ומוקמינן אדינא להתיר בחד רובא. ולכאורה יש לפקפק ע"ז, נהי דלגבי דידיה הוה הנישואין בהיתר משום שלא נודע לו שום שמץ ספק קודם הנישואין, מ"מ לגבי דידה הוה הנישואין באיסור שהרי היא ידעה מזה קודם הנישואין ונכנסה לגדר הספק באיסור, ומשום דידה היה ראוי להיות תלא. אך יש לומר שסברת הריטב"א בביאור דברי הגמ' נכון הוא, משום דהתם בפ"פ היא מכחשתו בזה ואומרת בתולה אני, וכל מה שאנו מחמירים הוא מצד הטעם דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, והאיסור איננו רק עליו ולא עליה שהוא אין נאמן לאסור אותה, ולכן לדידיה מוקמינן אדינא וברוב כשרים מכשירין לו בדיעבד, אך במקום שלא נמלא לה בתולים מטענת דמים שהוא דבר מבורר ואין אנו נצרכים בזה לטעמא דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, רק אסור בזה מן הדין כדמשמע בגמ', ולכן בזה אפשר שגם בהיא מכחשת ואומרת בתולה אני כיון שזה ברור לן שהיא משקרת, יכול להיות שגם ברוב כשרים יהיה הדין שתלא, שהרי היא נישאת באיסור שלא אמרה לכשר נבעלתי, ולכן יהיה בזה הדין כמו דקיי"ל שהיכא שאין כאן אמירתה ברי לי שלכשר נבעלתי שאסורה ברוב אחד, וכדעת הבית מאיר שגם בדיעבד הזה שלא נודע לו ולנ"ד מקודם הנישואין תלא, ואין מדברי הריטב"א ראיה להיפך. — אך ממה דדייק מרן הב"י מלשון הרמב"ם שכתב ולאחר זמן בא עליה, שמשמע מזה שאם קידש ובעל לאלתר שמותר ברוב כשרים לה מדסתים לה להאי דינא, ובפרט להרמב"ם שבעינן דוקא נבעלה בדרך וכמוש"כ לעיל, ומשמע שגם בטענות דמים שרינן ג"כ בדיעבד זה שלא ידע הבעל מהספק קודם הנישואין ע"פ רוב כשרים, ולא משגיחינן על מה שלגבה דמי זה ככל הדיעבד כשנשא באיסור בחד רובא שאז הדין שתלא לדעת הרמב"ם, רק כיון שלגבי הבעל היו הנישואין בהיתר שלא היה לו לחוש לשום ספק, שרינן אחרי הנישואין ברוב כשרים אללה בחד רובא לחוד:

מיהו יש לומר שלשון הרמב"ם (בפי"ח מהל' א"ב) שכתב כהן שקידש כו' ואחר זמן בא עליה וטען שמצאה דרוסת איש, ועיין בהרב המגיד שם שפירש סתימת דברי הרמב"ם

הרמב"ם שכולל כל הטענות בין טענת דמים בין טענת פתח פתוח, מ"מ גם בטענת דמים מדקדק לשון „וטען" יש לומר דמיירי שאין כאן בירור לפנינו שלא נמצאו לה בתולים באופן שגם היא תהיה מודה ע"ז, רק שהוא טוען זה והיא טוענת בתולה אני ויכול להיות שהבעל איבד בתוליה, ואין אנו באים רק על הבעל מפני טענתו, ולגבי דידיה שרי משום דיעבד זה הטוב שלא ידע מקודם, אם קידש וכנסה לאלתר ע"י רוב כשרים אצלה, אבל היכא שיש כאן בירור שאין לה דם בתולים, או שהיא ג"כ מודה לזה, שאז לא משגיחינן על מה שהיא אומרת מ"מ בתולה אני, יש לאסור מחמתה גם בדיעבד מפני שהרי היא נישאת באיסור שעליה ולא מהני הרוב כשרים, כל שאינה אומרת לכשר נבעלתי, ובזה האופן ילדקו דברי הבית מאיר:

וראיתי בספר אבני מלואים (סי' ו' סעיף י"ח ס"ק ז') שהעלה דבר חדש, שאשה שנשאת לכהן סתם ואח"כ נתברר שזינתה מקודם, שסתמא חשוב כמו שהגידה בפירוש לכשר נבעלתי דאם היתה נבעלת מקודם לפסול לא היתה נישאת, ומדמי זה להא דרמ"א ביו"ד (סי' קפ"ה) באשה שאמרה טמאה אני שאינה צריכה להוציא מפיה האמתלא אלא כל ששוכבת אצל בעלה כו', וכן מביא (מד' הרדב"ך בית ח') בדין שבויה דאם נשאת בפומבי ובפרהסיא בפני קהל ועדה שכל הקהל הם במקום ב"ד שבעירם, אין לך באה בפני ב"ד שבעיר ואומרת להם טהורה אני והתירוה ב"ד להנשא גדולה מזו, דנישואין שנשאת בפניהם הרי הוא כאומרת להם שטהורה היא והם התירוה להנשא, וה"נ חשוב זה כאומרת לכשר נבעלתי, ועוד כתב לתרץ בזה על מה שהקשה הפ"י על דברי התוס' שהקשו נוקי אחזקה ונאמר דלאו תחתיו זינתה, דנימא שנבעלה לפסול לה, ותירץ דמיירי ברוב כשרים אצלה [והוא באמת דברי הריטב"א שהבאנו לעיל], ואכתי תיקשי הא אפי' ברוב כשרים בעינן טענת ברי ואם אינה טוענת ברי אפילו נשאת תצא, וגבי פ"פ ליכא טענת ברי כיון דמיירי בשותקת או במכחישתו ואומרת בתולה אני, ויותר נכון לפמש"כ דכל שנשאת לכהן הוה כטוענת ברי וכההיא דרד"ך, עכ"ד בקצרה:

והנה גוף הקושיא כבר ביארנו לתרץ בע"ה על ביאור דברי התוס' הנ"ל, אך עצם דבריו לענ"ד הם דברים תמוהים, א) דא"כ דהנישואין הוא כאומרת בפירוש לכשר נבעלתי, הגם שמתנגד זה אמירתה לבסוף שאומרת בתולה אני, ואני תמה ע"ז א"כ לדעת רבינו יונה והרא"ש שפסקו שבאומרת נאנסתי מותרת לבעלה ישראל והיא נאמנת ע"ז אפי' שידוע שנבעלה, א"כ למה אסרינן באשת ישראל המקודשת בפחות משלשה שנים לבעלה מפני שהוא רק ספק אחד שמא באונס ושמא ברצון, נחשב שהנישואין שנשאת בסתמא הרי היא כאומרת שנבעלה באונס, דאל"כ לא היתה נישאת לו. ב) מדברי התוס' (נדף י"ב א') דפריך הגמ', וניחוש שמא תחתיו זינתה שמפרשים התוס' שהוא לענין אשת כהן, ומשני הגמ' כגון שקידש ובעל לאלתר, והתוס' כתבו שצ"ל שגם הראשון שקידש וכנסה לאלתר, דאל"כ ניחוש שמא תחתיו דראשון זינתה, ולפי דברי האבני מלואים הא אפילו לא כנסה הראשון לאלתר, ג"כ היא שריא לכהן אם היא תאמר מפורש שזינתה לאו תחתיו דבעל הראשון ודאי דהיתה נאמנת בזה, דהא זה עדיף מאומרת לכשר נבעלתי דהא בזמן הנ"ל אין כשר לה מי שבעלה, וא"כ למה אסורה לכהן כשלא מצא לה השני בתולים, הא נישואיה חשיב כאומרת לכשר נבעלתי, היינו שלא זינתה תחת הבעל הראשון. ג) למה הוצרך הריטב"א לשנויי דמיירי ברוב כשרים אצלה, הא אפי' ברוב פסולים אם אומרת לכשר נבעלתי נאמנת לרבן גמליאל ור"א דאמרי נאמנת, וקיי"ל דבדיעבד כשנישאת מותרת באמירת ברי אפילו ברוב פסולין אצלה, ולפי דברי הא"מ שסתמא דמלתא הנישואין נחשב כאומרת לכשר נבעלתי א"כ גם ברוב פסולים תהיה מותרת, מכל זה מוכח דבעינן דוקא שתאמר לכשר נבעלתי, אבל סתמא כשאומרת בתולה אני או שותקת אין נחשב זה כאומרת לכשר נבעלתי, או שארי היתרים כגון גבי אשת ישראל שיהיה נחשב כאומרת נאנסתי, רק כשאומרת בפירוש נאנסתי נאמנת לד' הר"י והרא"ש:

ומה שהביא ראיה מדברי הרמ"א שאין צריכת לומר בפירוש טהורה אני רק שבאה לשכוב אצל בעלה זה מועיל, לענ"ד לא דמי לכאן, שגם אין לה היתר אחר רק כשהיא טהורה מנדתה, וידוע זה לכל הנשים ואינם חשודים ע"ז כאשר העידה התוה"ק עליהם סוגה בשושנים, לכן נאמנת בסתם, והוה כמו שחבר מוכר תבואה שהוא בחזקת מתוקנים שסתמא כאמירה נחשב, וכל הנשים נחשבות כחברות לענין זה, וכמו דאמרו בגמ' הכל חברים אצל בדיקת חמץ, משא"כ בזה הענין של נבעלה לפסול אין הכל נחשבים כחברות, ועוד לפי שאין לה היתר יש לחשוד אותה, ודי לנו מה שהאמינו חז"ל לאמירתה בפירוש ברי לי, אבל לא הסתם. — וכן מעובדא דהרד"ך ג"כ אין ראיה, שגם היה ידוע הדבר שהיא אמרה שבתולה טהורה היא אלא שלא באה לפני ב"ד לומר לפניהם, ולא השיגה מהם היתר ע"ז, וע"ז כתב הרד"ך שהמעשה הנישואין לפני קהל רב חשוב זה כבאה לפני ב"ד ואמרה לפניהם והם התירוה להנשא, משא"כ בכ"ד שהיא באה בטענה אחרת שלפי דברי הבעל משקרת היא בזה מה שאומרת בתולה אני, ולכן אין נחשב כאן אמירה לכשר נבעלתי כ"א באומרת בפירוש לכשר נבעלתי, אבל לא באומרת בתולה אני, ועפ"כ אין לנו היתר בדיעבד אחרי הנישואין, כ"א כאשר תאמר לכשר נבעלתי בפירוש. — ומעתה אין לנו שום היתר בדיעבד כ"א במקום שרוב כשרים אצלה, וכמש"כ מקודם שבזה שהיא מכחשת ואין לנו בירור לבטל טענה שלה, אזלינן רק בתר דידיה, וכיון שהוא לא נשא בעברה ורק היה בחזקת היתר מוקמינן אדינא, דשרי ברובא דכשרים ובצירוף חזקה להכשירא, ובזה האופן שרינן בדיעבד גם בלא תרי רובי גם ליוחסין, וכאשר כן הדעת נוטה מדברי רבותינו הראשונים שהבאנו לעיל, שבכה"ג בקידש ובעל לאלתר שרי ולא חיישינן למיעוטא שמא נבעלה לפסול לה:

אך יש לחקור היאך יהיה הדין אם היא היתה פעם אחת בעיר שרובה א"י ופעם בעיר שרובה ישראל כשרים אצלה, והיה קידש וכנסה לאלתר וטוען טענת בתולים אם היא מותרת לבעלה כהן, והנה לפי מה שהוכחנו מדברי (תוס' דף י"ב) שבמקום שנתברר אח"כ שהנישואין היה באיסור ספק, הגם שלא נודע זאת לבעלה מקודם והוא נשאה בחזקת היתר, מ"מ לא סמכינן אחזקה להיתירא, וגם אין מועיל החזקה שנעמידה על חזקת גופה לאחר את המעשה של חשש שנבעלה, וא"כ גם אם היותה במקום שרוב כשרים אצלה מאוחר הוא מזמן היותה במקום שרוב פסולים אצלה, הוא שהמקום שהיתה מקודם הוא רוב א"י, מ"מ ניחוש שמא נבעלה באותו העת שהיה רוב פסולים אצלה, ונחשב זה ספק גמור, היינו חדא ספיקא באיזה זמן נבעלה ואסורה לכהן:

ויש לדון היאך יהיה הדין אם הזמן שהיתה במקום שרוב פסולים אצלה היה פחות מן העת שהיתה במקום שרוב כשרים אצלה, אם נלך בתר רובא וכיון דזמן שרוב כשרים אצלה מרובה יותר, ניזיל בתר רוב ותלינן שנבעלה בעת שהיו רוב כשרים אצלה. ונראה דזמן נחשב כקבוע, כיון שיש לנו הספק באיזה זמן נבעלה אם בזמן זה או בזמן אחר, מיקרי זה ספק בקביעות, ויש להביא ראיה לזה, מהא דאמרינן בגמ' לא צריכא באשת כהן דהוה ספק אחד שמא תחתיו או אין תחתיו, והלא רובא דרובא הזמן שמן האירוסין

האירוסין עד הנישואין הוא זמן מועט מן כל משך שנותיה, שמן האירוסין עד הנישואין הוא רק י"ב חודש, ואפ"ה נאסרה ולא אזלינן בתר רובא שנתלה שנבעלה ברוב ימיה שהוא בעת שהיתה פנויה, אלא מסתמא סבר הגמ' דזמן הוה קבוע ולא שייך ע"ז למיזל בתר רובא, ואין לומר דהזמן לא מיקרי קבוע, וכל ספק שיש לנו באיזה עת היה הדבר ניזיל בתר רוב העת, אך הכא בספק תחתיו ספק אין תחתיו, לכך נחשב זה ספק שקול מפני שתחתיו הוא בזמן מאוחר וא"כ איכא חזקה שנעמיד שנעשה הדבר בזמן מאוחר, וא"כ נאמר סמוך מיעוטא שהיה בזמן מאוחר לחזקה וממילא חשיב זה מחצה, אך ז"א, חדא דהא אנן קיי"ל כרבנן ולא אמרינן סמוך חזקה למיעוטא, דלהוי זה פלגא ופלגא, וקאמרינן רובא עדיף מחזקה ומיעוטא כמאן דליתא דמי, ועוד אפילו נאמר שזה דנתלה ברוב משך הזמן שקודם הקידושין נחשב כרוב שאין גמור, שיותר שכיח במשך הזמן שהיא מתגדלת להזדמן מעשה הבעילה, וע"כ מצטרפין שפיר החזקה למיעוטא והו"ל פלגא ופלגא, מ"מ מדברי התוס' שהוצרכו לומר (בדף י"ב) שהראשון נמי קידש וכנסה לאלתר דאל"ה חיישינן שמא תחתיו דראשון זינתה, ואם נאמר שבזמן שייך רוב הלא לא הוצרכו לזה כלל, דהא להראשון אין לנו לחוש מפני שזה הזמן הוא מועט נגד כל המשך, וגם אין כאן סברת חזקה דגופא לאחר המעשה שאדרבה זה מסייע להיתר, וגם הסברא השניה ששכיח הדבר בגדלות שנותיה, שהרי אפשר לתלות שהיה הביאה במשך הזמן שאחר מיתת או גירושי ראשון, שלכל הפחות שלשה חדשים בודאי היה אחר מיתת ראשון טרם קידושי שני משום הבחנה, וא"כ יש לתלות על משך זמן הנ"ל, ולמה הוצרכי התוס' שיהיה הראשון מקדש וכונס לאלתר שלא יהיה שום ספק שתחתיו דראשון זינתה, מכלל דס"ל להתוס' שזמן נחשב כקבוע ואין דנין בזה רוב:

והנה כתבתי במקום אחר (נדפס' בחלק יו"ד סי' ל"ד) שיש לדון לכאורה מהא שמצינו בשקלים פ"ז והובא (בגמ' פסחים ז' א' ובב"מ כ"ו א) מעות שנמצאו בהר הבית לעולם חולין, ופירש"י בפסחים שם ואפילו בשעת הרגל, משום דבתר רובא דשתא אזלינן ואמרינן לא אידכרא נפל, הרי מוכח מזה לכאורה שגם בזמן חשבינן רוב. אמנם באמת ז"א, שנהי שהזמן בעצמותו נחשב קבוע מ"מ המעות שנמצאו המה פירשו, שפירשו מן הזמן ולא נודע באיזה יום פירשו שלא לפנינו, והרי הוא כפירש מן החנויות שלא בפנינו דאמרינן בזה כל דפריש מרובה פריש, והארכתי שם עוד בנידון זה, אמנם בהא דכ"ד שהספק הוא מתי נבעלה, וכיון דהיא היתה הנבעלת שעליה ג"כ הספק והיא אז יודעת, חשבינן זה קבוע ממש ולא פירש, וכמו דחשבינן היכא שהיא אזלה לגבייהו לענין הולד, כל קבוע כמחצה על מחצה דמי, וכדאיתא (קידושין ע"ג) הגם שהולד הוא פירש מן הקבוע, מ"מ כיון שהיא האשה נתעברה אז במקום הקביעות מיקרי זה קבוע. ומעתה נראה לענ"ד שהאשה שאנו מסופקים עליה מתי נבעלה ולא אמרה לכשר נבעלתי, אם ידענו שאיזה זמן היתה במקום שרוב פסולים אצלה שפוסלים אותה מכהונה, גם אם זמן יותר היתה במקום שרוב ישראל כשרים אצלה, מ"מ לא אזלינן בזה בתר רובא, והוה כמחצה על מחצה, מחצה רוב כשרים ומחצה רוב פסולים, ונפסלת לכהונה. — ובעובדא זו דאתא לקדמנא אחרי שנראה לפנינו הכתונת מצאנו בה טיפים דקים אדומים אם כי יש לתלותם שהיו בהכתונת ממאכולת, מ"מ יכול להיות שזה היה דם בתולים, ומצאתי בירו' (פ"א דכתובות סוף הלכה א') תני טענת בתולים כל שהן [פי' הפ"מ והק"ע אפי' כל שהן שמצא אין יכול לטעון] מעשה באשה אחת שלא נמצא לה בתולים אלא כעין החרדל, ובאת לפני ר"י בר יוסי אמר לה כמותך ירבו בישראל, ועפ"ז סמכתי והתרתי אותה לבעלה הכהן, כיון שנמצא דם מעט כל שהוא תלינן שזהו דם בתולים, והיא נאמנת לומר בתולה הייתי ולא היה בה שום דבר ריעותא חלילה, כן נראה לענ"ד:

סימן יב

אשר השבתי לרב אחד שנשאלתי ממנו. ע"ד השאלה שבאת לפני כת"ר באשה אחת שע"י קישוי בלידה נקרע השלפוחות של מי רגלים והגיד לה רופא מומחה שהיא נצרכת לנסוע לחו"ל ע"ד ראפאראציאן וגם אח"כ תהי' צריכה לקחת רפואות שלא תתעבר כי אם תתעבר אין לה לבטוח שתחיה בעת לידתה, אם היא מותרת ליקח רפואות הנ"ל.

והנה נסתפק כת"ר ע"פ מש"כ בפ"ת (סי' ה' ס"ק י"א בשם הח"ס סי' כ') שבלא רשות בעלה אסור לה ליקח רפואות שלא תלד וצריכה לקבל ג"פ ממנו, והנה על מש"כ הח"ס שם בגמ' בעובדא דר"ח לכך הותר לה לשתות כוס של עיקרין בלי רשות מבעלה, משום שבזמנם היה אפשר לבעלה לגרשה בעל כרחה או לישא אחרת, וכת"ר הקשה ע"ז כן אי אפשר לו לישא אחרת, וא"כ היה לו לר' חייא לשאול אותה אם היא פנויה או נשואה, וכן אם בעלה קיים פריה ורביה שאם לא קיים בודאי אסורה לעשות כן לבטל את בעלה מקיום פרי' ורביה, לענ"ד לא כן הוא, וכל אשה שרוצה ליקח כוס עיקרין מפני שמתיראת מחמת קישוי לידתה אין לה לעכב מפני שבעלה לא קיים פריה ורביה כיון שבעלה אפשר לגרשה כפי מה שהיה בזמן הגמ', ורק כל שהיא מפקעת עצמה בע"כ בזה הפסידה כתובתה, אבל בלא כתובה כשהיא מתרצית להתגרש מה חיוב יש עליה שהיא תכניס עצמה לקושי לידתה בכדי שבעלה יקיים פו"ר, הא אפשר לו לישא אחרת עליה, וגם לזון אותה וכי נשי שקלת מעלמא, ומה שהקשה פן אין יכולת ביד בעלה ליקח עוד אשה וגם לזון אותה, הלא אפשר לו לגרשה וליקח אחרת. — והנה החתם סופר שם מסיים בדבריו שבזמן הזה שא"א לגרש בעל כרחה ולא לישא אחרת ומתבטל מהמ"ע של בערב אל תנח ידיך, צריכה רשות מבעלה, או שתתרצה לקבל גט ממנו, ואם הוא אינו רוצה לגרשה וגם לא לתן רשות, נ"ל שאינה מחויבת לצער עצמה מפני שיעבודה שמשועבדת לבעלה, והיינו צער גדול לפי ראות עין המורה עכ"ל. ומסופק אני בכונת דעת הח"ס באופן כזה שהיא מתרצית לקבל ג"פ ממנו, שמותר לה ליקח כוס של עיקרין גם בלא רשות בעלה, אם יש לה כתובה או אין לה כתובה, ונראה מלד הסברא נראה שזה תלוי אם הבעל לא קיים פו"ר שהבעל א"א לה להחזיקה גם אם ירצה, אין לה כתובה מתרי טעמי, חדא דהא היא מפקעת עצמה ממנו, ודמיא למודרת בחיי בעלה למ"ד הית נתנה אצבע בין שיניה וכדאיתא בכתובות (ע"א א' ודף כ"ב א'), ועוד הא אמרינן ביבמות (ס"ה א') לשלישי לא תנשא אלא למי שיש לו בנים ואם נשאת למי שאין לו בנים תצא שלא בכתובה, וא"כ הא נמי דכוותה כיון שהיא עושה זאת בלעדי הסכמתו, הרי דמי זה כנשאת מתחלה והטעתו שסבור היה שהיא כשאר נשים, ובאמת יש בה חסרון שא"א לה להוליד. — אמנם אם הבעל כבר קיים פו"ר רק שרוצה לקיים ובערב אל תנח ידיך, ומחמת זה רוצה לגרשה כשלקחה הכוס ש"ע שלא ברשותו, נראה לענ"ד דמלתא דמסתברא שיש לה כתובה ג"כ, דהא מדאיתא שם ביבמות שמי ששהתה עם שני בעלים עם כל או"א עשרה שנים ולא ילדה, שאם

נשאת

נשאת למי שאין לו בנים תלא שלא בכתובה, ומינה שאם נשאת למי שיש לו בנים יש לה כתובה, והתם מיירי שהטעתו לבעל ולא ידע מזה, דאם הבעל ידע מזה מסתברא שיש לה כתובה גם בנשאת למי שאין לו בנים, וכן כתב הב"ש (באה"ע סי' קנ"ד ס"ק ל"ג), שבנשאת למי שיש לו בנים אפילו לא הכיר בה יש לה כתובה, וא"כ אנו רואין שאם הטעתו לבעל בענין לערב אל תנח ידיך לא הפסידה כתובתה, וה"נ כשהיא תחתיו והיא עשתה בעצמה מום זה שאין ראויה שבעלה יקיים לערב אל תנח כו' שלא תפסיד כתובתה, שאם היה נחשב זה לטענה גמורה, א"כ גם אם הטעתו בזה מתחלה היה ראוי להיות שלא יהיה לה כתובה :

ואין לומר מאי דאמרינן בנשאת לשלישי שיש לו בנים שגם אם לא הכיר בה יש לה כתובה, הוא משום שלענין ממון באמת רק בתלתא זימני הוה חזקה, ורק לענין איסורא למי שאין לו בנים חיישינן לד' רבי דבתרי זימני הוה חזקה, אבל בממון שנחשב זה למום לא יהיה נחשב מום רק בתלתא זימני, ולכן גבי שלישי שיש לו בנים שאין כאן איסורא לא נחשב זה מום, ז"א, חדא דמסתימת הפוסקים לא משמע כן דה"ל לפרש שבנשאת לרביעי גם למי שיש לו בנים אם לא הכיר בה אין לה כתובה, ועוד מלשון התוספתא (ביבמות פ"ח) ועד כמה מותרת להנשא עד שלשה, יתר על כן לא תנשא אלא למי שיש לו בנים, נשאת למי שאין לו אשה ובנים תלא שלא בכתובה, מכלל דלמי שיש לו בנים גם ברביעי יש לה כתובה שהרי נקט מותרת להנשא עד שלשה ולא נקט עד שלישי, ותוספתא זו אזלא אליבא דרשב"ג, וכן פירש ג"כ במנחת בכורים שעל התוספתא דאתיא כרשב"ג, ואפ"ה מוכח שדוקא בנשאת למי שאין לו אשה ובנים תלא שלא בכתובה, וזה מיירי בלא הכיר בה כמו שכתבו התוס' וכל הראשונים, וא"כ מוכח שלגבי מי שיש לו אשה ובנים לא נחשב זה מום, והאי אשה ובנים מתפרש או אשה או בנים דמי שיש לו אחת משתי אלה מותרת להנשא לו, וכי היכי דלא הוה זה מום בלא הכיר בה מתחלת הנישואין, כש"כ שלא הוה זה מום כשנעשה בה אח"כ ע"י פשיעתה, שנאמר שתפסיד הכתובה עבור שעשתה בה דבר זה :

מ"מ אחרי העיון יש לדון על ראיה זו, דהא מלינו דאיילונית הוה מום, ומוכח מכל הראשונים שגם ביש לו עוד אשה נחשב זה ג"כ כמום, כדאיתא ריש יבמות דמיירי שיש לה צרה להאיילונית, ומ"מ כתבו כל הפוסקים שאם לא הכיר בה נחשב זה כמקח טעות, וכן אמרינן בגמ' (ט"ו א') הכיר בה ולא הכיר בה איכא בינייהו, הגם שהיה שם צרה לאחיו של ר"ג, ואפ"ה אמרינן לת"ק שזה נחשב מקח טעות מה שנמצאת איילונית, וכן סתמא דמתניתין בכתובות (ק"א ע"ב) דאיילונית אין לה כתובה, ולא חילק במתניתין בין אם יש להבעל בנים או לא, ולכאורה רציתי לומר דאיילונית אין חסרון שלה מפני שאינה בת בנים רק האיילונית הוא נחשב מום גדול מפני אשר נמצא בה חסרונות הרבה שאינה דומה כשארי נשים, אבל האשה ששתתה כוס עיקרין דמיא כמוחזקת באין לה בנים משלשה אנשים ולגבי בעל שיש לו בנים לא נחשבה כבעלת מום, אך מדברי הנימוקי יוסף גבי שלישי לא תנשא למי שאין לו בנים ואם נשאת תלא שלא בכתובה, וכתב שם הנימוק"י, אע"ג דקיי"ל כר' יהושע דאמר מקרא ולערב אל תנח ידיך, מ"מ אין כאן מקח טעות, והא דלשלישי לא תנשא כתב הנימוק"י, ומיהו גיטא בעי ואע"פ שלא הכיר בה, דלא דמי לאיילונית שאין צריכה גט בלא הכיר בה, דאיילונית מקח טעות הוא, אבל זו שאין לה סימנים של עקרות אלא משום חזקה, קדושין גמורין הם, דהא אפשר שיהיה לה בנים מרביעי עכ"ל, וא"כ מוכיחים דבריו שאיילונית מום שלה הוא מומניעת הבנים, והא דהוחזקה שאינה בת בנים ע"י שלשה אנשים הוא שאני לן מחמת שאין דבר ברור שהיא עקרה, וא"כ מי ששתתה כוס עיקרין שהוא דבר ברור שנעשית עקרה יחשב מום גם לגבי מי שיש לו בנים :

ואחרי כותבי זאת בינותי בספרים, ומצאתי שכבר עמדו הראשונים על קושיא זו, מדוע באיילונית הוה טענה גם בנשאת למי שיש לו בנים, הוא הרמב"ן בחידושיו למס' יבמות וכן הרשב"א בחידושיו למס' הנ"ל, וז"ל הרמב"ן ותמיהני אפי' נשאת למי שיש לו בנים תלא שלא בכתובה, שהרי קידושי טעות ודמיא לאיילונית, דתנן אין לה כתובה ולא חילקו בין מי שיש לו בנים כו', ונ"ל דמשום תלא נקט מי שאין לו בנים שמוציאין ממנו בעל כרחו, אבל מי שיש לו בנים לא תלא, אבל אם בא להוציאה וטען עליה מקח טעות אין לה כתובה דומיא דאיילונית שלא הכיר בה, וראיתי מקצת מחברים שלא כתבו כן, ואפשר לדחוק שמי שיש לו בנים אין יכול לטעון עלי' טענת מקח טעות כיון שאין בעצמה סימן של עקרות שאפשר שלא זכתה להבנות משתיהן כו', עכ"ל הרמב"ן, והרשב"א בחידושיו הקשה ג"כ הקושיא מאיילונית, ותירץ ג"כ כתירוץ השני של הרמב"ן משום שאין טענתה ודאי לכן מי שיש לו בנים אין יכול לטעון עליה מקח טעות עכ"ל. — נמצא למדנו מדבריהם של הרמב"ן והרשב"א שטעות איילונית הוא מצד שהיא מוחלטת בעקרה בסימניה, ולכן הוה מקח טעות גם למי שיש לו בנים, וא"כ ה"נ בשותת כוס עיקרין שהיא מוחלטת בעקרה הוא נחשב כמום גם למי שיש לו בנים, שאם הטעתה בזה מתחלת נישואיה אין לה כתובה. ולכאורה ל"ע לי דאם נאמר שהיכא שהיא מוחלטת בעקרה כמו איילונית, הוה מום מחמת הטעם שחפץ אדם לקיים דברי ר"י ולערב אל תנח ידיך, הא תינח למי שאין לו אשה אחרת רק יש לו בנים שייך בזה לומר דחשיב כטעות מפני שאין ראוי לקיים אל תנח כו', אבל במקום שיש לו עוד אשה ראויה לבנים, למה יהיה אללו מום מטענת מה שאין ראויה לבנים, וכבר הוכחנו בהא דאיילונית שגם ביש לו אשה אחרת חשבינן לה לטעות בקידושין מחמת מום האיילונית, ונראה לומר שעיקר הדבר מה שהוא כמום נחשב מה שאין ראויה לבנים מפני שנחשבת שהוא כעין זנות, וכסברת ר' יהודה (יבמות ס"א ע"ב) מקרא דהזנו ולא יפרוצו כו', ואם כי לדינא לא קיי"ל הכי מ"מ זילא מלתא בעיני העולם, ולכן הוא נחשב למום גם ביש לו אשה אחרת וגם בנים ואין לה כתובה, וכן יהיה הדין בכל שהוא דבר ברור שא"א לה להיות יולדת שלא ע"פ חזקה לחוד, כמו שותת כוס עיקרין נחשב זה למום גם למי שיש לו בנים וכנ"ל, וא"כ נראה דה"ה גם אם עשתה זאת בלי ידיעת בעלה גם אחרי נישואיה הפסידה כתובתה עבור זה, הגם שחיוב הכתובה מתחלה חל עליו להשתעבד לה, וראיה לזה נראה לענ"ד ממה שמצינו אשר נדרים ומומין שוין הם וכדאמר שם הגמ' כתובות (ע"ב ב') במתניתין שלענין כתובה גם בלא התנה הוה טענה שאין לה כתובה, הן אם נמצא בה מומין והן בנמצא עליה נדרים שיש בהם עינוי נפש, וכמו כן איתא שם (דף ע"א א') באשה שנדרה בנזיר, למ"ד דהיא נתנה אצבע בין שיניה שאם אמר אי אפשי באשה נדרנית תלא שלא בכתובה, ועיין תוס' שם ד"ה ואם אמר אי אפשי כו', וא"כ ה"ה לענין מומין שיש בהם טענה מתחלת נישואין בטעות לענין להפסיד כתובתה, שאם היא עשתה בעצמה מום כזה אחרי הנישואין בעודה תחתיו, אם יאמר הבעל אי אפשי באשה כזו שיש בה מום הזה תלא שלא בכתובה, וא"כ ה"נ שותת כוס עיקרין כיון שהוכחנו מדברי הראשונים שגם למי שיש לו בנים הוה טענה לחושבו כטעות להפסיד כתובתה, ה"ה אח"כ הפסידה כתובתה בזה :

אמנם מ"מ עדיין יש לחקור בזה דהא מלינו באומרת נטולה אני מן היהודים, הגם שהיא מפקעת עצמה מבעלה מעיקר האישות והכל יודעים כו', ואפ"ה לפי משנה ראשונה יש לה כתובה, ופירש"י (יבמות ק"ח ע"א) הטעם מדאסרה נפשה אכו"ע שמעינן מינה שתשמיש קשה לה

ואנוסה

ואנוסה היא, לפיכך יש לה כתובה, וא"כ הכי נמי בהאי איתתא ששתתה כוס עיקרין מפני צער לידה וכדומה, תהיה נחשבת כאנוסה ויהיה לה כתובה ואפילו למאי דקיי"ל כמשנה אחרונה דלא מהימנינן לה, וחיישינן שמא עיניה נתנה באחר, מ"מ הכא אין לחוש לזה שהרי מקולקלת אכו"ע באמת, וכש"כ בזה שידעינן שהיא עשתה זה מפני צער לידה שחוששת שלא תסתכן מסתברא דיש לה כתובה, ולפ"ז גם באין לו בנים הגם שמחויב לגרשה ע"פ דין ואין רשאי להחזיקה ומפקעת עצמה ממנו, מ"מ יהיה לה כתובה כמו בנטולה אני מן היהודים. — אך אעפ"כ לענין אם אין לה בנים, נראה לענ"ד דיש לעיין אם יש לה כתובה מפני שהיא אוסרת עצמה עליו ויהיה מוכרח לגרשה, ויש לומר דמ"מ חיישינן שמא עיניה נתנה באחר ומחמת זה עשתה זאת להפקיע עצמה מבעלה, והיא יש לה עצה אח"כ שתנשא לאחר שיש לו בנים, וכמו באשת כהן שחיישינן שאוסרת עצמה על הכהנים ותנשא לישראל, אך במי שיש לבעלה בנים שע"פ דין אין מחויב בעלה לגרשה, בזה לא שייך תקנת חכמים שלא תהא עיניה נותנת באחר כי למה תעשה זאת שתקלקל עצמה לגמרי, וזאת אין יודעת אם בעלה יגרשה עבור זה ואולי ירצה לקיימה, וא"כ הדר דינא של משנה ראשונה שכל שבודאי עושה זאת משום צער שלא תפסיד כתובתה, ואין לומר שמא היא עושה זאת שלא מחמת צער ופחד מלידה רק משום שאין רצונה בבנים ומטעם זה לא יהיה לה כתובה, וכמוש"כ שהיכא שהיא עושית בעצמה מום דבר שיש ע"ז קפידא לבעלה מפסדת עבור זה כתובתה, ז"א כיון שהיא טוענת ברי שעשתה זאת משום צער לידה ויש לה כתובה, ולבעלה הוה זה רק ספק שמא לא עשתה זאת משום צער ופחד מלידה, וא"כ אצל הבעל הוא ספק אם הפסידה כתובתה או לא, ויהיה דין זה תלוי במחלוקת האחרונים, אם במקום שטוען הנתבע איני יודע אם פרעתי אם גם במקום דלא הוה ליה למידע צריך לשלם (עיין תוספות בחו"מ סי' ע"ה), וגם להפוסקים הפוטרים באין יודע אם פרעתי במקום דלא הו"ל למידע, מ"מ הכא נראה שמסתברא שחייב לשלם כתובה, דהא רגלים לדבר ביותר שעשתה זאת משום צער ופחד לפי ראות הדיין, וכן יש להעיר מהא דאיתא בגמ' יבמות (ס"ה ב') גבי הוא אומר הפלת בגו עשר והיא אומרת לא הפלת משום דאי איתא דאפלה כפשה בעקרתא לא הוה מחזקה. וכש"כ בנ"ד שאינה עושה בדיבור לבד רק גם במעשה עשתה עצמה לעקרה, ודאי דיש הוכחה שהוא אמת שעושה זאת משום צער ופחד לידה ולכן יש לה כתובה, ואין בעלה יכול להפסידה מספק וחיוב הכתובה נשאר בחזקתו:

ועתה אשוב לענין הנידון שנשאלתי מאת כת"ר ע"ז, והנה לענ"ד נראה שרשות לה ליקח הרפואות שתתעקר, גם בלעדי רשות בעלה כיון שלפי אמירת הרופא יש בזה חשש סכנת נפש, וע"כ לא כתב הח"ס אלא בעובדא דידיה לגבי צער לידה, וכעובדא דמייתי הגמ' בדביתהו דר' חייא שמ"מ הוחזקה לחיים גם בלידות הראשונות, ולכן כתב שצריכה רשות בעלה או שיוסכם אלה לקבל ג"פ, כאשר בעלה ירצה לגרשה (ולענין הכתובה יהיה הדין כמש"כ קודם), אבל בנ"ד שיש בה השתנות מכל הנשים היינו שנקרע השלפוחית, ולפי אמירת רופא מומחה היא בחשש סכנת נפשות כשתתעבר ותלד, ומצינו אשר חוששין לאמירת הרופאים גבי סכנת נפשות לענין יוה"כ אפי' בהכחשה חד לגבי חד, וא"כ ודאי שאין רשאי בעלה לעכב ע"ז. ולענ"ד נראה שאין בעלה רשאי לשמש עמה כל שלא לקחה רפואות שלא תתעבר פן יגרום לה סכנת נפש כשתתעבר, וכדעת ר' מאיר בשלש נשים יבמות (י"ב ב') וכמו שאמר ר' אליעזר (ל"ד ב' שם), וע"כ לא פליגי רבנן ואמרי מן השמים ירחמו, רק במה שכלל טבע העולם נוגעים בזה וסומכים ע"ז ולא נעשה בה השתנות, [וכענין שאמרו חז"ל בשבת (קכ"ט ב') והאידנא דדשו בה רבים שומר פ' ד'] אבל באשה זו שנעשה בה השתנות בגופה שיש מזה חשש סכנה כשתתעבר ותלד, ודאי שצריכין לחוש לזה, ולכן לענ"ד אין ראוי לדחות הדבר רק להקדים [ואם באפשר שתשאל עוד מרופא מומחה ומובהק ואולי ימצאו לה רפואות שיועילו לה ע"פ אומדנא של הרופאים מומחים מה טוב] וכש"כ שבנ"ד לא תפסיד כתובתה שהרי הוכרחה ע"י אמירת הרופא, ואם יש לבעלה בנים שכבר קיים פו"ר לא תהיה מחויבת לקבל ג"פ מבעלה כלל אחרי שלא פשעה בזה ונסתפחה שדהו:

והנה היכא שאין לבעלה בנים שמחויב בעלה לגרשה לקיים פו"ר, יש לחקור היכא שאין לה בירור על הדבר הזה שהיא אנוסה, ויש חשש שמא עיניה נתנה באחר [כמש"כ למעלה בדברינו], כי אפשר לומר שלא מצינו לחשש שמא עיניה נתנה באחר, רק לענין היכא שעי"ז תשאר אצל בעלה כמו בהא דטמאה אני לך, ובהא דנטולה אני מן היהודים דאמרינן יפר חלקו כו', אבל היכא שלגרשה הוא צריך מ"מ, כמו הא דשתתה כוס עיקרין ולבעלה אין לו בנים, והוא מחויב לגרשה בכדי לקיים פו"ר, ורק חששא דשמא עיניה נתנה באחר הוא רק להפסידה כתובתה, יש לומר דלא מפסדינן לכתובתה מחששא זו דהוה כספיקא בפרעון והיא התובעת טוענת ברי. ונראה לענ"ד להביא ראיה שגם במקום שהיא נשארת באיסורה, ורק לענין להפסידה כתובתה גם כן אנו דנין מטעם של עיניה נתנה באחר להפסידה כתובתה, מהא דאיתא ביבמות (קי"ב א') איבעיא להו נטולה מן היהודים ליבם מהו, ופירשו בתוס' שם ד"ה איבעיא וכן הוא פירוש הרי"ף, שהבעיא הוא אם מסקא אדעתא אז בעת נדרה על היבם ומבקשין ממנו שיחלוץ ואין כופין, או דלא מסקא אדעתא וכופין אותו שיחלוץ לה, וקשיא לי לפירוש זה מאי תועלת יהיה להיבמה במה שתחלוץ שנכוף מטעם זה לחלוץ, כיון שאסרה נפשה בתשמיש מכל היהודים וא"כ גם לאחר שתחלוץ לא תנשא לשום אדם, בשלמא במתניתין אתיא שפיר דכופין אותו לחלוץ בנודרת מיבמה בחיי בעלה משום עיגונא דידה כדי שתנשא לאחר, אבל באמרה נטולה אני מן היהודים, הלא תיעגן ותיתיב גם לאחר חליצה, ומה תועלת לה בחליצה. ונראה לענ"ד לומר שהתועלת הוא לענין כתובה שתוכל לגבות כתובתה, ולכן בלא מסקא אדעתא, שיש לה כתובה, כופין אותו לחלוץ לה ויתן לה כתובה ותתפרנס מזה, משא"כ היכא דמסקא אדעתה דמית בעל ותיפול קמי יבם חשבינן למשנה אחרונה לעיניה נתנה באחר ואין נותנין לה כתובתה, הגם שלענין בעלה לא הפסידה כתובתה דאפשר לו בהפרה, מ"מ גבי יבם כיון דאי אפשר שתהיה ניתרת ליבם ע"י הפרה, חשדינן לה לעיניה נתנה באחר, ודנין אותה שהיא היתה גורמת לזה, ומפסידים לה כתובתה ע"י מה שאין חולץ לה, דע"כ צריך לומר שמן הדין הוא כל שאין ראויה להתיבם, מוטל על היבם לתן לה כל סך כתובתה ע"י חליצתה, דאל"כ גם בלא מסקא אדעתא נמי למה יחלוץ לה היבם, יאמר היבם למה אפסיד הכתובה ע"י שאחלוץ לה לטובתה, אלא ודאי כל שאין ראויה להתיבם מוטל על היבם חוב כתובתה, ואפ"ה בחשדא דעיניה נתנה באחר מפסדינן לה לכתובתה, והבעיא שם בגמ' הוא רק לענין כתובתה. — וכן משמע בירושלמי שהיכא שלא הותרה להבעל כגון שלא הפר לה, למ"ד דהיא נתנה אצבע בין שיניה הפסידה כתובתה, דאמר שם בירושלמי סוף נדרים אתיא דר' יוסי ור' שמעון (דאמרי היא נתנה אצבע בין שיניה ואין לה כתובה) כמשנה אחרונה, ואפילו תימא כמשנה ראשונה מפני מה נדרה, עכ"ל הירושלמי, ופי' הפני משה ר' יוסי ור"ש דאמרי היא נתנה הוא כמשנה אחרונה, דחזרו לומר שאין נוטלת כתובה, הרי מוכח דעת הירושלמי שלמ"ד היא נתנה אצבע בין שיניה אם לא הפר לה בעלה שהפסידה כתובתה מחששא שמא עיניה נתנה באחר

ולא

ולא מחייבינן לבעלה מפני שלא הפר לה, הרי אנו רואין שגם במקום שלא הפר לה שמחויב הבעל לגרשה כדי שלא יהא שרוי בלא אשה, מ"מ אין צריך לשלם לה כתובה, והיא אינה נוטלת כתובה ע"י טענת ברי דידה, שהיא עשתה זאת שלא מטעם עיניה נתנה באחר רק מטעם שקשה לה התשמיש, רק שע"פ משנה האחרונה כיון שחשודה האשה בכך, הדרינן לכללא שכל שלפנינו היא גרמה הפקעה מבעלה, אין לה כתובה, ובבעל כה"ג מפסידה לגמרי, וביבם אין שייך להפסידה לגמרי שהרי כתובתה בא לה מן בעלה שמת, רק שאין יכולה לבוא לידי גיבוי הכתובה כל ימי חיי היבם קודם החליצה, ודו"ק בזה :

סימן יג

אשר כתבתי לכבוד ידידי הה"ב הגאון כו'.

בדבר אשר כתב כת"ר בהמבואר (באה"ע סי' צ"ה) באשה שישבה זמן ארוך בבית בעלה שבודאי כלה הקרן, שני דיעות בזה, ובמקום שלא השביחה כו"ע מודים שאין גובית כתובתה, ובמקום שיש קרקעות, העיר כת"ר להא דאיתא בגמ' בכתובות (צ"ח ב') בהא דקטינא דאביי דאמרינן מלוה קעביד, והביא תשו' (חו"י סי' קנ"ד) שהיכא שקבלוה לפרנסה אין שייך בזה לדקה וחסד, וכ"ד נכונים בזה, אך במה שכת"ר ילא לידון בדבר חדש שנהי שכלה השיווי של הקרקעות שנשאר מבעלה המוריסם בנתינת מזונות, מ"מ יכולה לבוא אח"כ לתבוע כתובתה מהקרקע, והביא כת"ר ראי' ע"ז מהא דהגמ' בעי למימר בכתובות (צ"ז א') שמוכרת למזונות תחזיר ותטרוף לכתובה, ורק משום דקבלה אחריות דנפשה לפי שהיא בעצמה מכרה, אבל במקום שהיורשים מכרו ונתנו לה מזונות, או שלא מכרו כלל ונתנו לה מזונות, יכולה לגבות מהקרקעות הכתובה עכ"ד, לענ"ד לא נהירא לומר כן, וסברתי הוא שכל שנתנו לה היורשים מעות למזונות כדי שיווי הקרקע, ומטלטלין לא נמלא ת"י שיהיו חייבים משום מלוה לפרוע חובות אביהם, הוה כאלו אמרו לה מפורש דהוא דמי דארעא, וכהא דאביי דאמרו ליה דמי דארעא קטינא, וממילא חשוב זה כאלו מכרה בעצמה למזונות דאמרינן אחריות דנפשה קבלה עליה, ואדרבה לענ"ד יש מקום לומר דאפילו למאי דבעי הגמ' למימר שחוזרת וטורפת לכתובה, מ"מ בנתנו לה סתם מעות ע"ח הנמלא ת"י ולא מכרו לאחר עדיפא, שדוקא במכרו לאחר כיון שמלינו שלוקחים ארעא ליומא, ורק על האחריות שקבלו בפירוש סומכין על זה, אמרינן דחוזרת וטורפת לכתובה לפי שהיא לא קבלה עליה אחריות, וזה שני חובות המה כתובה ומזונות, ודמי כאלו אחר בא לטרוף מהם, משא"כ במקום שנתנו לה סתם מעות ע"ח העזבון שנמלא ת"י, בזה נאמר כל שתבוא לטרוף מהם נראה שתצטרך להחזיר המעות שקבלה מהם, ואם שלא אומר זה בהחלט מ"מ נראה שיש מקום לומר כן. אבל זאת נראה לענ"ד ברור שלמאי דמסקינן דאחריות דנפשה קבלה עליה, ומוכרת למזונות לא טרפה לכתובה, ממילא כל שקבלה מהם מעות למזונות דמיא כאלו לקחה מהם בפירוש על הקרקע ומכרה להם השיעבוד שהיה לה על הקרקע, וכיון דאחריות דנפשה קבלה עליה ממילא אי אפשר לה לגבות מהם הקרקע לכתובתה :

וכמש"כ כת"ר שאם הם בעצמם מכרו למזונות ונלקו לה המעות למזונות יכולה לטרוף מלקוחות לכתובתה, וכ' שכן מוכרח מד' הגמ', וכן דייק מדברי הט"ז ממש"כ (בסי' צ"ד ס"ק ל"א) ונראה דאפילו מכרו ב"ד בשבילה הוה כאלו מכרה היא לזה כו', משמע מהדיוק „כאלו מכרה היא" היינו, שלא נחשב כמכרו היתומים, עכ"ד. והנה מלתא דפשיטא לכת"ר, לדידי צ"ע טובא, כי נלע"ד שאם היתומים מכרו בכונה בשביל מזונות שלה, נחשב כאלו מכרה היא, דמה לי הב"ד ומה לי היתומים בעצמם, כל שנעשה בשבילה חשוב כאלו מכרה היא, דבאמת ניחזי אנן כל שהיתומים מכרו נכסי אביהם בסתם לדעת הרמב"ן והרא"ש וסייעתם המובא בחו"מ (בסי' ק"ז סעי' ד') שאין גובים מהם, משום דעל תשלומי דמי המכירה אין מוטל עליהם שיעבוד דלאו הני מעות שביק אבוהון, ואך אם מכרו ב"ד שאני משום דחשיב זה כאלו הגבו לה, ולכן הדין במוכר הלוה לצורך תשלום בע"ח מוקדם, בע"ח מאוחר גובה מהן כדאי' בחו"מ (סי' ק"ד סעיף ט'), אבל כשמכרו ב"ד לצורך בע"ח מוקדם אין בע"ח מאוחר גובה מהן, משום שכל שב"ד מכרו חשוב כאלו הגבו ב"ד להבע"ח ונמכר בשבילם, ונראה שדוקא אם הלוה בעצמו מוכר נכסיו כיון שעליו רמיא מצות פרעון חובותיו, שפיר אמרינן שהוא פרע משלו להמוקדם ממילא נשאר שיעבודו של המאוחר על הקרקע, אבל היכא שהיתומים ימכרו קרקע אבוהון בשביל לשלם להבע"ח מוקדם, שפיר יש לנו לומר שחשוב זה כאלו הגבו להבע"ח הקרקע ובשבילם מכרו הקרקע לשלם להבע"ח, לדעת הסוברים שאין חיוב על מעות הנקח עבור הקרקע, וכאשר באים היתומים לשלם מגלים שהמכירה הוא בשבילם, ויתחשב כאלו הבע"ח בעצמו מכר להקונה ע"י היורשים :

ובענין אם היתומים משלמים בעצמם סתם להאשה עבור מזונות, במקום שאין מטלטלין שנשאר מאביהם רק הקרקע, שכתבנו למעלה אשר זה חשוב כמכרה היא דאמרינן אחריות דנפשה קבלה עליה, נראה לענ"ד להביא ראיה לזה, דהנה מלאתי בשיטה מקובלת למס' כתובות (בדף צ"ז א') באיבעיא דמוכרת למזונות מהו שתטרוף לכתובה שמביא שם בשם הרא"ש, איכא למימר דמכרה לכתובתה פשיטא ליה דאינה טורפת לכתובה, דכשמוכרת למזונות לקוחות הוא דאפסידו אנפשייהו דה"ל לשיורי בנכסים כדי כתובתה, אבל כשמכרה לכתובה היו סבורין הלקוחות שנתקבלה כל כתובתה, או שמא הוא הדין דמספקא להו במוכרת לכתובה כיון דטעמא משום דלא קבלה אחריות עילויה, ומשום דאמרי כולה סוגיא במזונות נקט מוכרת למזונות כו' עכ"ל הש"מ שהביא בשם הרא"ש, וכן מלאתי ג"כ בתוספי הרא"ש על מס' כתובות ג"כ בזה"ל ממש, וא"כ לפמש"כ הרא"ש דמוכרת לכתובה היתה יכולה לטרוף לכתובה הנשאר לה, רק משום דקיי"ל למסקנא דאחריות דנפשה קבלה עליה, וא"כ יש לנו הוכחה חזקה לסברתי שכ' שכל שהיתומים נותנים להבע"ח ואין עליה דין מלוה, כגון שלא נשאר מטלטלין ונותנים עבור הקרקע, הוה בכלל אחריות דנפשה, ממה שכתבו הראשונים וכן הובא בשו"ע חו"מ (סי' ק"ז סעי' ו') שהיכא שלא נשאר מטלטלין רק שנתנו היתומים משלהם, גם שלא אמרו דהני חמשין דמי דארעא קטינא הוא אין יכול לגבות הבע"ח מהקרקע עבור חלי חוב הנשאר, וא"כ יש לדקדק לשיטת הרא"ש שעבור אותו החוב היה ג"כ יכולת בידה לטרוף עבור הנשאר, רק מטעם דאמרינן שאחריות דנפשה קבלה עליה אין יכולה לטרוף, וה"כ למה לא יהיה יכולת ביד הבע"ח לטרוף עבור חלי החוב הנשאר, אלא ודאי שכל שהיתומים משלמים משלהם להבע"ח עבור המגיע להבע"ח, חשוב זה כלקח מאת הבע"ח מה שגבה עבור שיעבודו, והוה בכלל אחריות דנפשה שקבלה עליה וכמש"כ, ואפשר דעדיף מיניה שאין צריך לטעמא דאחריות דנפשה קבלה עליה רק שהמעות ניתנו רק עבור הקרקע וכגביה לידה חשוב זה. — ויש לי להביא ראיה על יסוד סברא זו, שכל שמשלמים לבע"ח גופא עדיפא, ממש"כ השיטה מקובלת, היכא שלבע"ח מאוחר נתנו היורשים מעות ואמרו לו דמי דארעא קטינא, וא"כ אם בע"ח מוקדם יטרוף מיתומים

הקרקע

הקרקע אז צריך הבע"ח מאוחר להחזיר המעות בחזרה, וכן הביא בשם הריטב"א, וניחזי אנן במוכרת למזונות, אם בע"ח מוקדם יטרוף מאת הלוקח ודאי שלא תצטרך לסלק להם המעות בחזרה, משום שאין כאן אחריות דנפשה רק זה הוה אחריות דאחריני, ולמה הבע"ח מאוחר מצטרך לסלק המעות בחזרה, אלא מוכח מזה שהסברא נכונה כמש"כ מקודם שכל שלא היה בתורת מכירה אמרינן שהתשלום הוא כגביה, וכל שהגביה בטלה התשלום ג"כ בטל מלמפרע, וע"כ כשהבע"ח מוקדם יטרוף ומבטל הגביה דבע"ח מאוחר שמה שגבה לא גבה, ממילא צריך להחזיר המעות:

ודברי הרא"ש הנ"ל דאתא לידן צ"ע לענ"ד כיון שמכרה לכתובה הלא כח הכתובה ללוקח זה, ואיך תטרוף עוד לכתובה גם לולא הטעם דאחריות דנפשה קבלה עליה, הא אפי' בשני בע"ח שזמנם שוה כל שקדם אחד וגבה גבה, כש"כ בחוב אחד שנגבה ממנו מחלית חובו היאך יהי' באפשר לטרוף עבור מחלית החוב השני, ואין לומר דלא אמרינן שלהלוקח מבע"ח דין כח בע"ח זה לו, א"כ היה ראוי שיהיה כח גם לבע"ח מאוחר לטרוף מלוקח זה, והרי פסקינן בחו"מ (סי' ק"ד סעי' פ' ובסי' קי"א סעי' ה') שכל שב"ד מכרו לצורך תשלום לבע"ח מוקדם אין בע"ח מאוחר יכול לגבות, ועיין בסמ"ע שם שכתב דהאיש קנייתו מב"ד שמכרו לו כדי לשלם להמוקדם כאלו הוא ביד המוקדם, וא"כ ה"נ יהיה בשני חובות שזמנם שוה ביום אחד שיהיה הדין שכל שהגבו ב"ד לאחד מה שגבה גבה, וממילא הדין כל שב"ד מכרו כדי להגבות לאחד דמה שגבה גבה, וממילא אין יכול הבע"ח השני לטרוף מהלוקח, ואיך יהיה יכולת לטרוף בעד חוב הנשאר מהכתובה מה שנגבה להכתובה, וא"כ דברי הרא"ש תמוהין בזה לענ"ד. — וכדי ליישב דברי הרא"ש, נראה לענ"ד לומר דהרא"ש סובר שמכירת אלמנה למזונות, אין באה מדין גביה שיהיה נחשב כמו שגבתה ואח"כ מכרה, רק היא באה בתורת שלוחן של היתומים למכור, כי כן נתנו לה חז"ל רשות בזה וחשוב זה כאלו היורשים מכרו, וקצת הוכחה לזה מיסוד האיבעיא דמוכרת למזונות אם תוכל לטרוף אח"כ לכתובה, ואם נאמר שמדין גביה אתינן על מכירתה הא קיי"ל בע"ח מאוחר מה שגבה לא גבה, ומזונות לגבי כתובה בחוב מאוחר הוא, וכיון שמה שגבתה לא הוה גיבוי כלל, הלא צריכה היא להחזיר המעות שלקחה עבור מכירתה למזונות כדין מוכרת שאינה שלה אחרי שהגביה נתבטל למפרע, לכן דייקינן מזה שאין מכירתה של האלמנה מטעם גיבוי הוא רק שהיא שלוחן של היתומים למכור, וכיון דאחריות על היתומים ממילא תהא יכולת בידה לטרוף לכתובתה, והמכירה הקדומה תשאר מקויימת באחריותה של היתומים:

היוצא מכל האמור, שנראה בענין זה שע"פ הכרעת התוות יאיר שבענין כזה לא נוכל לומר שהיתומים מלוה קעבדי, רק אמרינן שמסתמא משלמים לה עבור הנשאר בידם הנכסים של אביהם המורים, ואין ביכולתה לגבות כתובתה מהנשאר תחת ידם, אחרי שכבר שילמו לה עבור כל הגמלא ואחריות דנפשה שייך עליה ודו"ק:

סימן יד

באלטרומאנץ ג' כ' תמוז תרמ"ז

כבוד הרב הגאב"ד דק"ק

ע"ד אשה אחת עניה שבאה לפ"ק, ובידה היה כתב פטור מכת"ר שנתגרשה אשתקד מבעלה יצחק לבי המכונה הירש בן יעקב, ובעלה המגרש הנ"ל הוא יליד פ"ק באלטרומאנץ וכאשר ראו הפטור, עמד ע"ז ידידי הרב הגאון מוה' יוסף ד"ל דפה, אשר ידוע לו שבעלה כשהיה פה, היה שמו רק לבי לבד, וכתבתי זאת להרה"ג דק"ק שנסדר אצלו הג"פ, והשיב לי ע"ד הפטור שנתתי להאשה מינא בת יעקב, עובדא הכי הוה שבעלה המגרש קודם שנשאה פ"ק בא לכאן, והיה בידו כתב מעשה ב"ד מרבני ווילנא בצירוף הגאון מוה"ר יוסף נ"י מ"ל דשם, שלפניהם גירש אשתו והיה כתוב שמו יצחק לבי בן יעקב, ועפ"ז הרשיתי לסדר קידושין שלו, וכן נכתב בכתובה, ואחרי שנים או שלשה שבועות בא לפני לגרש אשתו שנשאה כאן, וחקרתי אצלו אם נקרא בשני השמות יחד ואמר לי שבפי כל נקרא בשם הירש לבד, ורק לתורה עולה בשם יצחק לבי ויען שם הטפל כותבין ע"פ עצמן, ע"כ סידרתי הגט יצחק לבי המכונה הירש ע"כ, וראוי לחקור בווילנא אצל הגאון מהר"י נ"י מ"ל דווילנא, שבודאי נתחזק בשם הזה בווילנא כי אמר שדר שם כמה שנים, וגם לפני ארבעה שנים היה בפ"ק והיה נקרא דער ווילנער מולער, ודרש ממני הכרעת דעתי בזה, וזה אשר כתבתי לו בע"ה:

והנני אומר בזה, לפה"נ הוא שהחזיק עצמו (ע"פ כתב התעודה) להקרא לתורה בשני השמות ביחד בשם יצחק לבי, וא"כ הדין הוא כאחד שיש לו שמות בשני מקומות בפה היה שמו שם הקודש שלו לבי לבד, ובווילנא הוחזק בשם יצחק לבי לעלות בו לתו', ובכגון זה כיון שבא למחניכם והחזיק את שם הקודש שלו יצחק לבי כמו שנקרא בווילנא, הגם שלא היה במחנם שלשים יום בחזקה זו, הא מבואר בסי' (קכ"ט סעיף י"ג) מי שיש לו שני שמות א' בגליל וא' ביהודה והוא ואשתו במקום שאין מכירין בו אלא בשם אחד, בין שהוא אחד משמות הללו כו', לכתחילה צריך לכתוב כל השמות שיש לו, ואם לא כתב אלא שם שהוא ואשתו שם כשר, וא"כ ה"נ בנ"ד כיון שנכתב במחנם שהוא מקום הכתיבה והנתינה השם שהוא הוחזק אצליכם בו לשם הקודש שלו שנכתבו בכתובה (ובודאי עלה לתורה במחנם באותו העת קטן שהיה במחנם פעם אחת או שתים) והוא השם שהוחזק בו בווילנא, הגט כשר:

ולכאורה יש לפקפק ולומר אולי אימתי סגי בנכתב במקום אחר אחד מן השמות, כשהוחזק שם באותו העיר בשם זה שלשים יום, אבל כאן שלא הוחזק במחנם שלשים יום, לא סגי בשם אחד מן שני השמות וצריך לכתוב שניהם ויהיה זה לעיכובא, אמנם נראה לענ"ד שזה אינו, חדא כיון שבא עתה למחנם ממקום השני שהוחזק בשם יצחק לבי, נוכל לומר שזה העיר (הוא מחנם) היא מתחברת עם אותו המקום, ובס"ה נחשב הוחזק בשם זה יותר משלשים יום, וניחזי אנן אטו בעיר אחת שיש בה כמה רחובות אם עשרה ימים היה במקום זה ועשרה ימים היה ברחוב אחרת, הכי נאמר שלא יצטרפו כל המקומות באותו העיר שיחשב זה להוחזק שלשים יום, ובמה חלוק שני ציירות אחרי שס"ה בלי הפסק הוחזק רק בשם זה, ובלא"ה נראה לענ"ד כיון דסתמא קתני בברייתא שהובא בגמ' גיטין (ל"ד ע"ב) יצא למקום אחר וגירש באחד מהם מגורשת, ומדנקט לה סתמא, משמע בכל גוונא מגורשת אם יצא למקום אחר אפילו לא נשתהה שם שלשים יום, ועיין פ"ח (בסי' קכ"ט ס"ק ל"ד) הביא בשם הגט מקושר שיש תקנה שתלך האשה עם השליח למקום אחר כו', וכתב שבכה"ג לא בעינן שלשים יום, וכן נראה ג"כ דעת החתם סופר (חלק ו' סי' מ"א) וז"ל שם, כל שהוחזק ל' יום בעיר כו' אין חוששין כו' כדי לרמות ולעשות קנוניא, לכך בעינן שלשים יום, משא"כ באדם הבא לפנינו ורוצה להחליף שמו, הלא מעשים בכל יום שמשנים של חולים כו', וע"כ לא נתחבטו רק במת באותו היום, וקודם מותו אחר

שינוי

שינוי השם נכתב הגט, בזה נתחבטו אי חיישינן לאותו השם כיון שלא נקרא בו עדיין, אבל זולת זה שלשים יום מאן דכר שמיה, עכ"ל. וא"כ לפי דבריו כאן בנ"ד אין ענין שלשים יום, לכן בילא למקום אחר וגירש באחד מהם שהחזיק בעצמו בבואו לשם באחד משני השמות, כיון שהוא בא והחזיק עצמו בשם אחד לא בעינן שלשים יום, א"כ ה"נ בנ"ד שהוא החזיק עצמו בשם הקודש שלו יצחק צבי, במה שבא עם כתב ראיה של המעשה ב"ד שהעידו על פטורו בשם זה, וכן נכתב בהכתובה וקראוהו בכתובה בשם זה, וקרוב הדבר שמסתמא אחר שנשא קראוהו במתגם לתורה לכל הפחות פעם אחת בשם זה, הרי הוחזק שם לקרותו בשם הקודש בשם זה, ושפיר יש לו דין של (סעיף י"ב) מי שיש לו שני שמות והוא ואשתו במקום שאין מכירין אלא בשם אחד כשר, גם שלא נשתהה שם שלשים יום:

ועיין בספר גט פשוט (סי' קכ"ט ס"ק נ"ג) שהביא הרבה דיעות הראשונים והאחרונים בנשתנה שמו בחליו וצא לכתוב תומ"י גט, והעלה למסקנא שאם עברו ג' או ד' ימים אחר שינוי השם ונתפרסם שם השינוי, יש להסתפק איזה שם עיקר ולכתחילה צריך לכתוב שני גיטין, ובדיעבד שלא כתבו רק גט אחד הכריע אם כתב שם הראשון עם כל שום (כמנהג הספרדים) והן אם כתב שם השני עם כל שום כשר, ומסיים בסוף דבריו שיראה לו שכל שלשים יום הוה ספק ומשלשים יום והילך הוה מוחזק בשם שני, עכת"ד בקצרה. והנה למדנו מתוך דבריו, א) שגם לענין שינוי השם ג"כ יש מקום לענין ל' יום, וחולק על דעת הח"ס הנזכר בדברינו שסובר שדין שלשים יום הוא רק לענין חשש רמאות. ב) שמ"מ הוא מסתפק אולי חשוב נשתנה שמו גם בתוך ל' יום כיון שנתפרסם שינוי השם אע"פ שלא הוחזק בו. ג) למדנו במה שמכשיר בדיעבד גם אחר ב' ימים או ג' ימים אם כתב בשם השני עם כל שום שכשר בדיעבד, וכתב הטעם בזה משום דהוה ספק ספיקא, שאם כתב השם שאין ידוע ביותר עם וכל שום הוה בזה מחלוקת להרמב"ם פסול ולהרא"ש וטור כשר, ועוד שמא נחשב שם השני לעיקר תומ"י כיון שנתפרסם שינוי השם עכ"ד. וא"כ חזינן שזה מיפשט פשיטא ליה להג"פ שנחשב לשם טפל לכל הפחות תומ"י גם בתוך שלשים יום, ולכן בנ"ד נראה שהגט כשר לכו"ע משני טעמים, גם שאם נאמר שמי שיש לו שני שמות וילא למקום אחר וגירש באחד מהם שמגורשת, שהוא דוקא אם הוחזק בשם זה שלשים יום, אבל בפחות משלשים יום יהיה לעיכוב שצריך לכתוב שני השמות. וניחזי אנן מאיזה טעם הוא, וצריך לומר שכאן לגבי מקום החדש חשבינן שני המקומות כמו מי שיש שקורין לו כך ויש שקורין לו כך וכל שאי אפשר להכריע מי הוא הרובא ומי הוא הפורתא שצריך לכתוב שניהם, ואם נכתב רק אחד מהם נאמר שיש כאן חסרון שמו בגט אף שלא נוכל לקרותו שינוי השם, שמ"מ שמו הוא זה, אבל מצד חסרון השם של המגרש לגבי אותו המקום יהיה עליו חשש פסול, ולכן כיון שנכתב שם הירש בגט שזה השם נקרא בו בפי כל בכל המקומות, ואילו שם זה לבד היה נכתב בהגט היה כשר לכל המקומות שהרי בכל מקום הוא חניכתו שהכל קורין בו, ושם יצחק צבי איך שהוא, מ"מ נחשב לשם טפל. א) מצד שבווילנא נקרא כן לעלייתו לתו' ולשארי ענינים שנשתמש שם בשם הקודש. ב) גם במתגם שהוחזק פחות מל' יום, לכל הפחות שם טפל הוא מיקרי גם בפחות מל' יום, שהרי הוא החזיק עצמו ברצונו במתגם בשם זה למען הפטור שלו, ואולי היה לו איזה כוונה שמטעם זה החזיק עצמו בווילנא להוסיף שם אחיו המנוח יצחק על שמו, וכבר הוכחנו מדברי הג"פ שגם בפחות מל' יום בשינוי השם מיקרי זה שם פורתא; נמצא מזה שנכתב בגט הזה שם יצחק צבי לא נקרא זה שינוי השם רק שנכתב שם טפל, ושם צבי לבד נחסר בכתיבת הגט ושם הירש שבו מתכשר הגט נכתב בגט זה, ולכן לא גרע זה מאילו נכתב שם הירש לבד שהיה כשר בפשיטות כדין חניכה שהכל קורין בו, ומה שיש כאן ריעותא משום שנכתב שם יצחק צבי לעיקר, ובאמת אין נחשב רק לטפל לגבי שם הירש שהוא חניכה שהכל קורין בו בכל המקומות, וגם ניתן מעריסתו, אבל שם יצחק צבי שנקרא בו לתורה בווילנא ובמתגם בזמן מועט שהיה שם, וגם אינו שם עריסתו לא נחשוב אותו רק לטפל, והורע בזה הגט שנכתב שם טפל קודם לשם עיקר, הנה בזה קיי"ל לדינא (בסעיף כ') שם שאם נכתבו שניהם בגט אין הפרש בין שכותב זה ראשון או זה ועיין פ"ת (שם ס"ק ו'). — ומ"מ גם שאנו מדמינן בסברא זו, יש מקום לבע"ד לחלוק ולומר שגם שאם היה נכתב שם הירש לבד היה כשר מטעם חניכה שהכל קורין בו, מ"מ כיון שנכתב בגט שם הקודש שלו, ונכתב רק הטפל מן שם הקודש, ושם הקודש שניתן לו מעריסה ונקרא בו לתו' לבד במקומות אחרים לא נכתב, חשיב זה כשינוי ולא כמו שלא נכתב שם הקודש כלל, וסברא כזו נראה שכן הוא מסתפק בזה הגאון בעל חמדת שלמה הובא דבריו בפ"ת (ס"ק ה'), בגט שנכתב שם אבי האשה אריה המכונה ליב, והיה לו שני שמות בשמו הקודש יהודא וגם אריה יעוש"ה, וכתב שאם היה נכתב רק ליב לבד היה כשר בפשיטות רק נסתפקו שם מחמת שנכתב שם אריה, וכיון שקורין אותו לתורה בשם יהודא גרע, ומדמי זה למי שיש לו שני שמות ונכתב רק אחד מהם, והחמדת שלמה שהכשיר בגט הנ"ל טעמו משום שהיה זה רק באבי המתגרשת, אבל במגרש עצמו אם היה דבר כזה לא היה מיקל מטעם זה שנכתב החניכה שהכל קורין בו, וא"כ לכאורה ל"ע בנ"ד. אמנם נראה לענ"ד, אם בווילנא נקרא בקביעות לתורה בשם יצחק צבי כאשר אמר בעת סידור הג"פ כיון שישיבתו בווילנא הוא מאוחר מעת שהיה פ"ק, וגם במקומם היה נקרא „דער ווילנער מולער" גם מקודם, וא"כ אין כאן בית מיחוש, כי השם שנקרא בו בווילנא לס"ת שהחזיק עצמו שם בו לעלות בו לתו' חשוב הוא שם עיקרי, יען שהוא בעצמו שינה שמו בכוונה, והוא נקרא על שם איש ווילנא, וגם יש לצרף בזו הסברא שהובא (בפ"ת שם בס"ק ה' בשם הגאון המהרי"א מבריסק) לפי ששם אריה נכלל בשם ליב הנכתב יעו"ש, וה"נ בנ"ד שם צבי לבד נכלל בשם הירש שנקרא בו ונכתב בגט, ויתר הסברות שצירף הגאון הנ"ל שייך ג"כ בנ"ד יעוש"ה:

אך מה שיש לעיין בנ"ד לפי שלא נתברר לנו אם הוחזק באמת בשם יצחק צבי בקביעות לעלות לתורה בשם זה ואין לנו רק הכתב מעשה ב"ד מרבני ווילנא, והנה באמת לבד הנאמנות שלו, יש להסתפק אולי שם בהג"פ נכתב שמה שם צבי לבד ג"כ ובכתב המעשה ב"ד כתבו רק אחד משמותיו שיש לו, אך מעיקר הדין כתבו הפוסקים ששם טפל כותבין ע"פ עצמם וכיון שהוא אמר שכן נקרא בעלייתו לתורה ודאי דמהימן, אך יש להסתפק בנ"ד כיון שאתחזק ריעותא, שהרי לא הגיד זאת אשר מאז היה עלייתו לתורה בשם צבי לבד וכן הוא שם עריסתו, מ"מ לא הורע בזה חזקתו כי יכול להיות שאלו הוא דבר פשוט כי השנים האחרונים הוא אלו נחשבים לעיקר, ועליהם אמר שהוא נקרא בעלייתו לתו' בשם יצחק צבי, ובאמת מצד הסברא הפשוטה ראוי להיות המגרש נאמן במה שאומר שזה שמו, ובזה הוא כשר לגרש אשתו, אחרי שבידו לגרשה בגט כשר, וכיון שאומר הרי זה גיטך ובו תהיה מגורשת וזאת הוא גלוי לכל ששינוי בשם הוא ריעותא בגט, וכיון שהוא אומר שהוא גט כשר יען ששמו כן הוא כאשר אמר ונכתב הגט ודאי ראוי להיות נאמן, שהרי בידו לגרשה, ואע"ג דאנן קיי"ל לדינא בבעל שאמר גירשתי את אשתי שגם על להבא חוששין להחמיר ואין מתירין לאשתו, הא כתב הרשב"ם ב"ב (קל"ה ע"א) ד"ה ואנן אשינויי

ניקום

ניכוש ונסמוך דטעמא דחוששין גם על להבא שלא יהיה נאמן מה שאומר גירשתי את אשתי משום דאי איתא דגרשה קלא אית לה, וכן כתבו התו' (קל"ד ב' ד"ה אז), אבל היכא דליכא האי טעמא ודאי דמן הדין נאמן הואיל שבידו לגרשה בגט כשר, ועד כאן לא אמרינן דחוששין באיש שבא לגרש אשתו שמא אין זה שמו, משום שאנו חוששין שמא עושה קנוניא לגרש אשה אחרת שאינה אשתו, אבל כל שידעינן בודאי שגירש לאשתו, רק שחוששים אנו ומסתפקים אם מגרשה בשמות האמתים שלו או אולי אין אומר אמת בשמותיו, מאין לנו חשש זה אחרי שהדין שכל שבידו נאמן, ובאמת בגמ' (ב"ב קס"ו ב') לא הוזכר דין זה דבעינן שיהיו מכירין שזהו פלוני רק בכותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו, משום שחוששין אנו שמא יגרש בו אשה אחרת שאינה אשתו, אבל כל שידעינן בודאי שמגרש את אשתו נראה שאין צריך שיהיו מכירין שזה שמו, שנאמן הוא עצמו בזה כיון שבידו לגרשה, וכן ברמב"ם (פ"ג מהלכות גירושין הלכה ג') הוזכר דין זה שיהיו מכירין ג"כ גבי כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו, אלא שמרן הב"י כתב בספרו על הטור (בסי' ק"ב) ד"ה וכותבין לו גט וכו', וכתב שם הרב"י שמדברי הרמב"ם (פכ"ד מהלכות מלוה) למד דין זה, דאע"ג דתנן ובלבד שיהיו מכירין כו' גבי כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו איתניה, לאו דוקא הוא דה"ה כשאשתו עמו דלא שנא, ורבותא אשמעינן, דאע"ג דמקילין לכתוב גט לאיש בלא אשה, אבל לענין ההיכירא לא מקלינן כו' עכ"ד הב"י יעו"ש. ולפענ"ד לא זכיתי להבין דבריו הק', מאי ראיה מייתי מדברי הרמב"ם גבי שטרי ממון, שבשלמא התם גם ששניהם לפנינו המוכר והלוקח או המלוה והלוה שמא קנוניא הם עושים המוכר והלוקח או המלוה והלוה ויוציא השטר על אחר ברבות הימים, אבל באיש ואשה המתגרשים לפנינו במקום שיודעים אנו שזו היתה אשתו עד עתה ועכשיו מגרש אותה לפנינו, מאי ניחוש לה. מ"מ אחרי שמרן הב"י כתב כן, ההכרח מוטל עלינו לבטל סברתינו ונאמר שגם בגט יש לחוש באיש ואשה הבאים לפנינו להתגרש שמא קנוניא עשו שניהם לפטור אשה אחרת ששמה כשם אשתו, והבעל של אותו האשה שם אחר לו והוא מגרש עתה על שם אותו האיש, ובהסכם האיש ואשתו זו נעשה ההערמה, וכעין הערמה שחיישינן במלוה ולוה או במוכר ולוקח הבאין לפנינו, אך לפי האופן שנהוג אצלינו שהגט נשאר ביד ב"ד אשר לפניהם מתגרשים, וזאת ידענו בבירור שזה הוא אישה וזו אשתו ולאחרת לא ינתן ראיה, בזה רק הספק אולי לא אמר שמותיו באמת, ודאי דאין לחוש לזה מדינא, ויש להבעל נאמנות, וכמו דמהימנינן לו לומר שיש לו בנים משום שבידו לגרשה וכמבואר באה"ע (סי' קנ"ו סעיף ו'):

והנה בעיקר הדין דמהימנינן לו לומר יש לו בנים לדעת הי"א שם במקום שיש עדים ברורים שיש לו אחים אינו נאמן, וא"כ יש לפקפק לכאורה שבמקום שהוחזקה באשת איש ע"פ עדים ברורים אין לו נאמנות מטעם בידו, אמנם באמת בעיקר הדין יש לדקדק, כי מקור הדין הוא מדברי הרשב"ם (ב"ב קל"ד ב') שפירש בהא דאומר זה בני נאמן דמיירי במוחזק באחי, פירשב"ם, חזקה בעלמא בלא עדים, ועיין ב"י בטור בסי' הנ"ל שדין זה כתב הטור, וכתב ע"ז הב"י שהוא מדברי הרשב"ם הנ"ל, ותמוה לענ"ד דא"כ סתרי אהדדי דברי הרשב"ם, דהא יליף מזה הא דאמרינן בעל שאמר גירשתי את אשתי נאמן משום שבידו לגרשה, ושם היא מוחזקת גמורה באשת איש בפני עדים, וגם למאי דאמרינן דאין נאמן כתב הרשב"ם שמטעם דאם איתא דגרשה קלא אית לה, משמע דלולא זה אין טעם לחלק מהא דמהימן לומר יש לו בנים, והאמאי הא כאן הוחזקה באיסור אשת איש ע"י עדים שיודעים שזו אשתו, והנה מצאתי אח"כ קושיא זו בספר בית מאיר, גם הקשה הב"מ מדברי הרא"ש בתשובה (כלל פ"ב סי' א') שמשמע מהתם שיש לו נאמנות גם שיש כאן אח לפנינו [הב"מ לא הזכיר מדברי הפרישה שם ס"ק כ"ד שהעיר זה בדברי הטור שמביא בשם הרא"ש דין זה וכתב שיש לחלק משום דרגלים לדבר] ומטעם זה כתב הבית מאיר שעיקר הדין הוא כדיעה הראשונה שגם ביש עדים שיש לו אחים נאמן משום שבידו לגרשה, ועל דברי רשב"ם נשאר בצ"ע. — ולענ"ד נראה לתרץ דברי הרשב"ם מצד חומר הקושיא בסתירת דבריו, שדוקא בענין הא דיש לו בנים שהמגו אין טוב שהרי אם מגרשה מפסלה מכהונה ובאומר יש לו בנים גם לכהונה כשירה, ועיין ברמב"ן בחידושיו לב"ב שהעיר בזה דהוה כעין מגו לאו טענה יעו"ש, ולכן כיון שאין זה מגו טוב לכן לא מהני רק במקום חזקה לענין אחים, אבל לא במקום שיש בירור בעדים שהוחזקה ע"י עדים שזקוקה היא ליבום לאח הידוע לנו, משא"כ בענין בעל שאומר גירשתי את אשתי שמטעם שבידו לגרשה לולא הסברא דאם איתא דגירשה קלא אית לה, היה הואיל שבידו לגרשה טוב שהיה מועיל, וא"כ בנ"ד המחזיק עצמו בשמותיו קודם הגירושין לענין אשה זו שיודעים אנו שזו אשתו, ודאי דשורת הדין הוא דמהימן מטעם שבידו לגרש בגט כשר בשמותיו האמתים, ולכן כיון שאמר קודם הגירושין שכן הוא שלא נקרא רק יצחק צבי לתורה, ודאי דנאמן אז להכשיר הגט ואין לנו לחוש שמא שינה:

ועוד נראה להוסיף סניף להקל בנ"ד ולומר שגם אם היה בווילנא נקרא לפעמים לתורה גם בשם צבי לבד, שאז בודאי היה לנו לחוש לומר שכל שלא הוחזק במקום כתיבת הגט ונתינתו שלשים יום בשם יצחק צבי לבד לעלות לתורה, שיש לחוש על הגט שלא נכתב בו שם צבי לבד, מ"מ נראה לענ"ד שאפשר לומר שבנ"ד לא בעינן ל' יום, דאימתי בעינן בשינוי השם שיוחזק בו ל' יום [לדעת הסוברים כן כמש"כ לעיל] במקום שידוע לנו שהיה לו שם אחר מקודם, או אם להמתגרשת נודע השם הקודם בעת נישואין שהיה לו שם אחר, משא"כ בנ"ד שמתחלת נישואין הוחזק בשם הקודש יצחק צבי, ובכל העת שהיה שם לא נודע שם אחר, בזה גם בפחות מן שלשים יום מהני, ודמיון ראיה למדתי מדברי הגאון מאור הגולה מוהר"ח מוואלאזין ז"ל בספרו חוט המשולש (בסי' י"ט) לענין מי ששינה שם אביו הגם ששם האב אין יכול לשנות לפי דברי תשובת הרא"ש, וא"כ התם שלשים כמו בנ"ד פחות מן ל' יום, ואפ"ה כתב שם „כיון שלא ידעו כלל במקום הגירושין משינוי השם אין לנו אלא השם שהוחזק בו דאין להקדש אלא מקומו ושעתו" והוא חילוק ברור ונכון לדעתי, עכ"ל הזהב של רבינו הגאון מוהר"ח זצוק"ל. ומכל האמור נראה לענ"ד שיש לסמוך להכשיר הגירושין של האשה מינא בת יעקב שנתגרשה בהג"פ שקבלה מבעלה שכתוב שם שמו יצחק צבי המכונה הירש, גם ששם צבי לבד לא הוזכר בו, ודו"ק:

סימן טו

בשו"ע אהע"ז סי' קמ"ב בסופו הביא הרמ"א לדינא שאם הביא השליח גט מקוים בחותמיו אע"פ שאין מכירין החתימות של דייני הקיום, מ"מ במקום דוחק ועיגון יש להקל ולסמוך עליו אע"פ שלא אמר השליח בפני נכתב ובפני נחתם וכו'.

והט"ז שם השיג על דין זה כיון דקיי"ל קיום ב"ד צריך קיום, מה לי קיום חותמי הגט ומה לי קיום חתימות דייני הקיום, כיון שגם הם צריכים

לריכים קיום ולא נתקיים אין כאן שום עדות על אמתית הגט, ושמא הכל שקר הגט והקיום, עכ"ד הט"ז, ולענ"ד נראה לומר בביאור דינו של הרמ"א שהוא מדברי הרב"י בשם התשב"ץ, והוא שידוע מחלוקת הפוסקים המובא (סי' קמ"ב סעיף י"ג וסעיף י"ד) אם האשה מביאה גיטה ממדינת הים ואומרת שכבר נתגרשה בו, אם היא מותרת להנשא בגט זה שאין מקוים, והנה הרמב"ם ורש"י והר"ן והנמ"ר וכן הביא הטור בשם הרמ"ה, סוברים שהיא מותרת להנשא וזהו הדיעה הראשונה (שבסעיף י"ג), אך היש חולקים הוא דעת הראב"ד וכן דעת הרשב"א בחידושיו לגיטין שאינה יכולה להנשא בגט שאין מקוים, וכאשר נעיין היטב בסברות טעמי דין זה (אם כי מקור המחלוקת הוא תלוי בביאור דברי הגמ' (גיטין כ"ד א') אשה מכי מטא גיטא לידה אגרשה ביה כו' כמבואר למעיין) נראה לענ"ד לומר דזה הוא, דניחזי אנן בכל השטרות הגם שמה"ת אין לריך קיום, מ"מ מדרבנן גם במקום שאין כאן מערער כגון מיתומים ומלקוחות, אפ"ה לא עבדינן עובדא בשום שטר כל זמן שאין מקוים אפילו בא"י ששכיח לקיימו, ואלו בגט אשה שבא בא"י ממקום למקום כל זמן שאין הבעל מערער מקבלין מיד השליח ומותרת להנשא לכתחילה, וכבר העירו בזה התוספות (דף ב' ע"א ד"ה ואם) וכתבו שמשום עיגונא אקילו רבנן, והנה יש לעיין אם זה היה תקנת חז"ל שבגט אשה אין כאן תקנת קיום כל זמן שאין הבעל מערער רק בחו"ל משום שמא יבוא בעל ויערער תקינו רבנן להלריך בפני נכתב ובפני נחתם, ולכן כל זמן שלא נתקיים תקנת חז"ל שלא אמר השליח בפ"נ ובפ"נ הגט פסול, לר"מ כדאית ליה ולרבנן כדאית להו, אבל בעלם קיום לא הלריכו כלל חז"ל בגט כל זמן שאין הבעל מערער, ולכן לפי טעם זה באשה המביאה גט ואומרת שכבר נתגרשה בו, והגירושין היה במקום שאין לריכין לומר בפ"נ ובפ"נ ולא עברה על התקנת חז"ל של אמירת בפ"נ ובפ"נ, ע"כ יהיה בה הדין שגם שלא נתקיים הגט בחותמיו מותרת להנשא כל זמן שאין הבעל מערער כמו בא"י, דתקנת בפני נכתב ובפ"נ לא היה לאחר גירושין, ומלד שאין מקוים בחותמיו אין אנו חוששין בגט, שאין אנו חוששין לזה כל זמן שאין הבעל מערער, זה הנראה להסביר בטעם המתירין. — אמנם דעת המחמירין נראה לומר דסבירא להו כיון שבאמת הדין הוא שחכמים תיקנו קיום לכל עדות שבשטר, וכל זמן שאין נתקיים אין דנין ע"פ עדות שבשטר, רק בגט בא"י הקילו משום עיגונא במקום שבנקל להשיג עדי קיום, אבל בגט בחו"ל לא הקילו, ונמלא ממילא באשה הבאה למדינת הים וגט בידה, הגם שהוא לאחר גירושין ואין כאן תקנת חז"ל של בפ"נ ובפ"נ, מ"מ אסורה עד שתתקיים גיטה כתקנת חז"ל בכל עדות שבשטר. — והנה לדינא בענין המחלוקת של הפוסקים באשה המביאה גט שנתגרשה בו המובא (בסי' קמ"ב סעיף י"ג) דעת רוב הפוסקים הראשונים להתיר, הוא הרמב"ם ורש"י והרמ"ה והג"מ והר"ן וכן מלאתי דעת הריטב"א, כולם סוברים להיתר בלא קיום, לבד הראב"ד והרשב"א בחידושיו המה מחמירים בזה, והשו"ע כאן הביא המחלוקת (ובסי' קנ"ב סעי' ט') סתם השו"ע כדעת המקילים, ונראה שהשו"ע נוטה לדעת המקילים:

ואם כי מי אנכי לדון ולהכריע אף הכרעה קלה כמו שהיא בין הרים גדולים מחלוקת גדולי הראשונים ז"ל, מ"מ אומר מה שנראה לפי דעתי הקלושה לדון לסייע לדעת המתירין שהמה רובא דמנכר מגדולי הראשונים ז"ל, והוא ע"פ מה שכתבנו שעיקר הדין שלדעת המתירין, הוא משום שסברי שבגט אשה לא תקינו רבנן להלריך קיום כל זמן שאין ערעור דבעל, ויש לדקדק כן מהא דפריך הגמ' (דף ה' ע"ב), ור"מ משום דלא אמר בפני נכתב ובפ"נ יוליא והולד ממזר, ומאי קושיא, כיון שהגט אין מקוים הרי יש עליו ספק

זיוף

זיוף מלד תקנת חכמים שכל זמן שאין מקוים הוא בספק זיוף, וא"כ הולד הוא ספק ממזר, דע"כ לריך לומר דהאי הולד ממזר דקאמר ר"מ הוא רק ספק ממזר, דהא אם יתקיים הגט בחותמיו תהיה מגורשת למפרע מעת נתינת הגט לידה, וא"כ איך נוכל להחליטו לממזר ודאי, הא יש עדים במקום הכתיבה והחתימה של הגט, ובודאי אם יבואו ונשאל להם יאמרו שכתב ידם הוא היא מגורשת באמת, א"כ מאי קשה להגמ' למה לר"מ משום דלא אמר הולד ממזר כיון דחיישינן לספיקא דמזויף מדרבנן, ואין זה דומה לתקנה אחרת שתיקנו בגיטין שאין שם כלל לתא דפסול דאורייתא, אבל בכאן יש כאן חששא דספק פסול הנוהג בכל השטרות שחוששין לזיוף. ובדיני ממונות שלדינא חיישינן לזיוף גם בלא ערעור, נראה שאף אם יתפוס בעל השטר שאינו מקוים כוליא מאתו, וראיה לזה מהא דקיי"ל בעדים שאמרו שעדי השטר אנוסים היו, או שהם בעלמם אומרים אנוסים היינו מחמת נפשות שקיי"ל דנאמנים באין כתב ידם יולא ממקום אחר, והנה הקשו בתוס' היאך נאמנים הא הוה מגו במקום עדים, דאנן סהדי דלא היו אנוסים דחשבינן בגמ' לתרי ותרי, ותירלו שם (דף י"ח ע"ב) בד"ה הרי משום כיון דהלריכו חז"ל קיום הכא לא חשיב כלל קיום כו', וא"כ מוכח שכל שאמרו שנאמנים, הוא משום שאין כאן קיום, וזה מוכח שם (דף כ' ע"א) דהאי דנקט נאמנים, הוא שאין מועיל אפי' תפס המלוה, דהא בסיפא דנקט אין נאמנים הוא רק לענין שיועיל תפיסה כמבואר שם למעיין ברש"י ותוס' ד"ה ואוקי, וא"כ כיון דחזינן שלענין ממון מה שאין מקוים חשוב ספק גמור שאין מועיל תפיסה, וא"כ מה יקשה זאת על ר"מ דס"ל הולד ספק ממזר, ואדרבה לרבנן גופייהו יקשה למה מקילין בזה שאין הולד ממזר, פירש שמחשבינן אותו לכשר גמור שמותר בבת ישראל, למה לא ניחוש שמא מזויף הוא, אלא ודאי הטעם שזה פשיטא להגמ' לדינא דבגיטין לא תיקנו חז"ל תקנת של הקיום כל זמן שאין הבעל מערער, יהיה מאיזה טעם, או משום עיגונא אקילו רבנן או שבגט אין לחוש לזיוף משום דמי יזייף, היא האשה המתגרשת תהיה יראה לזייף מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה, והשליח למה יעשה כן להיות חוטא בשביל אחרים להכשיל לחנם לאחרים, רק עיקר תקנת חז"ל שהלריכו לומר בפ"נ ובפ"נ הוא משום שמא יבוא הבעל ויערער, לכן תקינו חז"ל שיאמר השליח בפ"נ ובפני נחתם, ולכן פריך שפיר הגמ', ור"מ משום דלא אמר בפ"נ ובפ"נ יוליא והולד ממזר, כיון דבאמת אין חשש זיוף, רק הפסול על הגט הוא מפני שעברו על תקנת חז"ל שהלריכו לומר בפ"נ ובפני נחתם, ע"כ שפיר פריך הגמ' וכי משום זה יוליא והולד ממזר, ומשני הגמ' אין ר"מ לטעמיה כו':

והנה בעלם המחלוקת הראשונים בדין אשה המביאה גט שנתגרשה בו בלי קיום אם יכולה להנשא בו כל זמן שאין כאן ערעור דבעל, הנה שני הדיעות מחולקים בביאור הגמ' (כ"ד ע"א) דפריך הגמ' „אשה מכי מטי גיטא לידה איגרשא" והנה המתירים בלי קיום מפרשים, דהגמ' פריך למה לריכה לומר בפ"נ ובפ"נ כיון שנתגרשה, וכפירש"י שם. אמנם שיטת המחמירים דסברי דבעי קיום גם שאין הבעל מערער, מפרשים דהגמ' פריך דכי מטי גיטא לידה איגרשה ואין מועיל האמירה בפ"נ ובפ"נ אחר הגירושין, דבעינן דוקא בשעת גירושין, וכמו דאיתא לעיל (ה' ב') דשליח שהביא גט ולא אמר בפני נכתב ובפני נחתם כו' כילד יעשה יטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה בפני שנים ויאמר בפ"נ ובפ"נ, וכתבו שם בתוס' ד"ה יטלנו הימנה שמכאן מוכח שלריך לומר בשעת נתינה, או בשעה שהגט יוליא מיד השליח לידי שליח אחר או ליד ב"ד שיתנו לשליח אחר, והא דהגמ' פריך בתר הכי אהא דמשני רב הונא באומר לא תתגרשי אלא בפני ב"ד פלוני, ופריך הגמ' סוף סוף מכי מטי התם איגרשה, הנה

בהסלקא

בהסלקא דעתין דגמ' דמשני ר"ה בתר דפריך הגמ' אשה מכי מטי לידה איגרשה, לאופן השני שלדעת המחמירים הנ"ל, שכוונת הגמ' בקושיא הנ"ל הוא שאין מועיל האמירה אחר חלות הגירושין, וע"ז משני רב הונא באומר לא תתגרשי אלא בב"ד פלוני, וכוונת התירוץ לפי שלא חלו עדיין הגירושין, והאמירה יהיה בעת שיהיה חלות הגירושין, ולכן יועיל האמירה של בפ"נ ובפ"נ, ויש להבין מאי מקשה הגמ' סוף סוף כי מטי התם איגרשה, הלא בעת חלות הגירושין תאמר אז בפ"נ ובפ"נ ויחשב זה כשעת נתינה, אך לאופן השני הזה, יש לתרץ דהכי קפריך הגמ' כיון דאיגרשה ממילא כי מטי להתם, אין עליה שם שליח ולא האמינו רק לשליח, ולא להאשה שאין עליה שם שליח, רק ממילא מתגרשת ע"י הגט שהוא בידה מאת בעלה. — אמנם לפירוש הא' לדעת המקילים בענין קיום, כיון דכוונת הקושיא בגמ' הוא שכיון שכבר נתגרשה אז, ובעת הגירושין שהיה אז בא"י ובמעמד העדים החתומים שבא לידה מאת בעלה, לא היה נצרך אז להגדת בפ"נ ובפ"נ ונתגרשה אז בהכשר, והיא מותרת להנשא ואין צריכה קיום עוד, ולמה תצטרך לומר בפ"נ ובפ"נ, וע"ז מתרץ רב הונא באומר לא תתגרשי אלא בב"ד פלוני שהכוונה הוא שבעת חלות יהיה בחו"ל שלא במעמד בעלה צריך ע"ז לומר בפ"נ ובפ"נ או בקיום כמו המתגרשים ע"י שליח, וא"כ מאי מקשה הגמ' סוף סוף מכי מטא התם איגרשה הא כי מטיא התם הוא בחו"ל וצריך אז לומר בפ"נ ובפ"נ, ולכאורה היא הערה חזקה על שיטת המתירין בחו"ל אשה שנתגרשה כבר ואין בידה קיום ב"ד על הגט, כשאין הבעל מערער:

והנראה לענ"דל ומר, ובהקדם נבאר הא דקיי"ל בנותן גט בחו"ל בלא אמירת בפ"נ ובפ"נ שצריך אחד משני דברים אלו, או שיטלנו מידה ויחזור ויתננו לה ויאמר בפ"נ ובפ"נ או שיתקיים בחותמיו, והנה יש לחקור בזה כשנתקיים בחותמיו אח"כ, אם הגט כשר למפרע ע"י נתינה הראשונה שנתן השליח לידה בלא אמירת בפ"נ ובפ"נ, או שצריך ג"כ שיטלנו ממנה ויחזור ויתנו כמו באומר אח"כ בפ"נ ובפ"נ. והנה מוכח זה מגמ' (דף ה' א' ודף ט' א') דמוקי מתניתין של המביא גט ממדינת הים ואין יכול לומר בפ"נ ובפ"נ, בנתן לה השליח הגט ולא הספיק לומר עד שנתחרש, דאמרינן ע"ז יתקיים בחותמיו, ואם נאמר שנתינתו הראשונה שהיתה בלא אמירת בפ"נ ובפ"נ בטלה, מה מועיל מה שיתקיים בחותמיו, דהא אי אפשר לעשות נתינה חדשה שהרי נעשה חרש ואינו בר שליחות, וע"כ צריך לומר שבנתינה הראשונה מתגרשת כאשר אח"כ יהיה קיום חותמיו, ויש לעיין אי מועיל אמירת בפ"נ ובפ"נ להכשיר הנתינה המוקדמת, אחרי שהגט מתקיים אח"כ ע"י אמירת השליח בפ"נ ובפ"נ, ולכאורה יש לומר שבאמת היה ראוי להכשיר הנתינה למפרע ע"י אמירתו בפ"נ ובפ"נ כמו ע"י קיום חותמיו, אך מה שצריך ליטלו הימנה ולחזור ולתן לה, מפני שאין אמירתו של בפ"נ ובפ"נ מועיל כי אם כשתהיה האמירה בשעת נתינה של הגט, אבל באמת אם אמר אח"כ בפ"נ ובפ"נ בשעה שנתן לידה פעם שנית אז מתברר למפרע שנתגרשה בנתינה הראשונה, אך ז"א דהא א"כ היאך כתבו התוס' (בדף ה' ע"ב) דלר' מאיר אין לו תקנה לאחר שניסת משום דתלא וכל הדרכים האלו בה, הא שאני הכא שמתברר למפרע הכשרו, הן אמת שיש לומר שזה גופא תלי בפלוגתא דר"מ ורבנן, דלר"מ דאמר המשנה ממטבע שטבעו חכמים יוציא והולד ממזר, לא יועיל ג"כ קיום חותמיו להכשיר הנתינה הראשונה, אבל לרבנן כמו דמהני קיום חותמיו כן מהני אמירת בפ"נ ובפ"נ, ובשני הדברים האלו בכל אחד מהם מתברר הכשרות של הגט למפרע שהוא אמתי, ונתינה הראשונה מועלת להגט, אך זה דחוק לומר כן מתרי טעמי, חדא כל כי האי מלתא הו"ל לאדכורי בגמ' שלר"מ לא מהני קיום חותמיו כ"א כאשר יחזור ויתננו לה אחרי הקיום, ועוד דגמ' קא מוקי סתם מתניתין בלא הספיק עד שנתחרש, ותהיה הסתם משנה דלא כר' מאיר, ואליבא דרבנן ג"כ קשה, אם נאמר שבאמירת בפ"נ מתברר הכשרות להכשיר נתינה הראשונה, הדר הו"ל הנתינה השניה לא כלום הוא, וא"כ אין להואיל אמירת בפ"נ ובפ"נ של השליח אחרי שאינו בשעת נתינת הגט ויהי' תרתי דסתרי זא"ז, ע"כ נראה שקיום חותמיו למפרע שמתברר שהגט לא הוצרך להתקנה של אמירת בפ"נ ובפ"נ, אך במקום שהוצרך לאמירת בפ"נ ובפ"נ לר"מ בטלה הנתינה הראשונה עד שהולד ממזר, ותלא מזה ומזה אם ניסת קודם הנתינה החדשה שעם האמירה של בפ"נ ובפ"נ, וחכמים עשאוה כאשת איש, ולרבנן הוה נתינה לענין שלא יהיה הולד ממזר, ומ"מ לענין להיות עם בעלה השני צריך נתינה חדשה עם אמירת בפ"נ ובפ"נ, ויש להבין איזה סוג איסור הונח עליה מן הנתינה הראשונה שלא אמר בפ"נ ובפ"נ עד אמירתו בפ"נ ובפ"נ בעת הנתינה השניה:

והנה ברמב"ם איתא (פ"ז מהל' גירושין הל' י"א), נתנו לה ולא הספיק לומר בפ"נ עד שנשתתק הרי זה יתקיים בחותמיו ואח"כ ינתן לה, הרי שסובר שגט שנתן בחו"ל בלא אמירת בפ"נ ובפ"נ גם שאח"כ נתקיים בחותמיו, מ"מ צריך נתינה חדשה עם קיום חותמיו שתהא לאחר שכבר נתקיים בחותמיו, הרי שסובר שנתינה ראשונה שהיה בלא אמירת בפ"נ כתיקון חז"ל גם כשנתקיים אח"כ אין מועילה לגמרי, וצריך נתינה אח"כ, ואלו (בהל' י"ז שם) לא הצריך נתינה אח"כ כשנתקיים בחותמיו. והנראה לענ"ד בשיטת הרמב"ם שהגט הניתן בחו"ל כשאינו מקוים בלא אמירת בפ"נ ובפ"נ הוא ריעותא בהמסירה, לפי שלעדי מסירה לא נתברר אז כשרות הגט, ולר"מ הוה ריעותא גמורה ובטל הגט מהאי טעמא (הגם שר"מ סובר עדי חתימה כרתי, אך כל שלא היה אמירת בפ"נ אין כאן עדי חתימה, ואמירת בפ"נ עושה לעדי חתימה מכאן ולהבא, ור"מ סובר שבטל הנתינה משום משנה ממטבע שטבעו חכמים בגיטין), ולרבנן נתינה הוה לענין שלא יהא הולד ממזר, אך לענין שתהיה מותרת לבעלה שנושא אותה עשאו חז"ל שאין נחשב עדי מסירה ואינו גט ולכן תלא, וע"ז מועיל אמירת בפ"נ ובפ"נ שיאמר אח"כ בעת המסירה לידה לפני עדי מסירה ובאמירת בפ"נ מחשיב לעדי מסירה, אבל כשנתקיים בחותמיו אח"כ מהני למפרע לעשות העדי חתימה עדים טובים, והרמב"ם סובר לעיל (פ"א מהל' גירושין הלכה ט"ו ט"ז) שלכתחלה גם כשיש עדי חתימה צריך עדי מסירה ג"כ, ובדיעבד אם עבר ונתנו בלא עדי מסירה כשיש בו עדי חתימה כשר, ומביא שיש שהורה מן הגאונים שהוא פסול, ע"כ פוסק כאן (בפ"ז הל' י"א) שאחר קיום חותמיו ינתן אח"כ, והכוונה בעדי מסירה, יש לומר שלכתחלה חושש לדעת הפוסלים בלא עדי מסירה, או שגם לדעתו שסובר שכשר, מ"מ כל זמן שלא ניסת ואפשר לתקן, צריך לתנו בפני עדי מסירה גם כשעדיו חתומים בו, אמנם (בהל' י"ז) קאי אהא שאומר שם „אע"פ שנשאת" לכן מהני קיום חותמיו, ואין צריך לתנו מחדש אחרי קיום חותמיו, לפי שהקיום חותמיו עושה להעדי חתימה טובים למפרע והגט שניתן בעדי חתימה בלא עדי מסירה כשר לדעתו, והגאון שהורה בגט שניתן בעדי חתימה בלא עדי מסירה שפסול, מ"מ אם כבר נשאת לא תצא, דהא אף הכתוב בכ"י בלא עדי מסירה שהוא משלשה גיטין פסולים קיי"ל ג"כ דלא תצא כדאיתא בגמ' (פ"ה ע"ב), וכן לעיל (פ"ו הל' ט"ו) ג"כ כתב הרמב"ם שאם עבר השליח ונתנו בינו לבינה יטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה בפני שנים, אך אם מת שא"א לתקן אז כשר בהעדי חתימה כשהוא מקוים בחותמיו, אך בלא קיום חותמיו ובלא אמירת בפ"נ ובפ"נ אז גם אחרי שניסת תצא, גם להרמב"ם דכללא כייל כל שנאמר

שנאמר בו פסול אם נשאת לא תצא, מ"מ בלא אמירת בפ"נ שאין מקוים בחותמיו גם אם נשאת תצא, כדמוכח בגמ' (דף ה' א') דאמרינן משום דניסת סגי בקיום חותמיו שלא תצא, הא אם לא נתקיים בחותמיו גם בניסת תצא, וכן מבואר (בתוס' ה' ב'), מה יעשה יחזור ויתננו כו' ויאמר בפ"נ ובפ"נ, ופי' התוס' מה יעשה לרבנן שלא תצא, והוא משום דפסול זה שלא אמר בפ"נ חמור, מפני שיוכל לצאת מזה פסול גמור כשהבעל יערער. — ואחרי שבארנו שטעם פסול הנתינה של הגט בלא אמירת בפ"נ בעת הנתינה, שדמי זה כמו בלא עדי מסירה, וכיון שעדי חתימה אין מבוררין שלא נתקיים הגט בחותמיו לכן כל זמן שלא אמר בפ"נ ובפ"נ כתקנת חז"ל אין מועיל הגט הזה, אבל כשבעת נתינת הגט היה אז מבורר ואז היו עדי מסירה מועיל שפיר הגט הזה, גם כשחלות הגט יהיה מאוחר אח"כ, ולכן שפיר מקשה הגמ' סוף סוף כי מטיא התם איגרשה לה, לפי שכיון שהנתינה של הגט שבזה היא מתגרשת אח"כ בחו"ל לאחר זמן, היה אז במקום ועת שהיה ידוע ומקוים בא"י שאין צריך לומר בפ"נ ובפ"נ, וגם שהיה אז בא לידה מיד הבעל שכל שהבעל נותן הגט בעצמו אז, זה הוה בירור גמור שאין צריך לאמירת בפני נכתב ובפני נחתם, ואח"כ שפיר היו עדי מסירה בעת נתינת הגט, והיא מתגרשת אח"כ על ידי הנתינה כשרה בעדי מסירה, ולכן אין כאן מקום לתקנת אמירת בפני נכתב ובפ"נ ואין צריך לדבר הזה. — ומעתה כיון שבארנו בע"ה שיטת המקילין שגט בחו"ל ג"כ בעצמות הדין אין צריך קיום כל זמן שלא ערער הבעל, אחרי שכבר נתגרשה בלי ריעותא בעת הגירושין, ולכן אשה המביאה גט ואמרה שכבר נתגרשה בו כדין במעמד הבעל ובעדי מסירה, אין צריכה קיום להגט ומותרת להנשא כל זמן שאין הבעל מערער, דאין כאן לתא של עובר על תקנת חז"ל, וכדעת הראשונים המקילים בזה הרמב"ם והרמ"ה ורש"י וסיעתם :

ומעתה אומר שזהו ג"כ ההיתר של התשב"ץ בשליח שהביא גט מקוים בקיום ב"ד, גם שאין אנו מכירין חתימת ידי הב"ד החתומים על הקיום, שאין השליח צריך לומר בפני נכתב ובפני נחתם במקום דחק ועיגון, והוא סומך על דעת המקילין שבגט אשה אין כאן דין להצריך קיום כל זמן שאין הבעל מערער, ומחזיקין אותו בכשרותו ולא במזויף, ותקנת חז"ל היה להצריך בפני נכתב ובפני נחתם רק במקום שהגט אין עליו קיום ב"ד, ואנו צריכים לדון על חתימות העדים לבד, בזה תיקנו חז"ל, אבל במקום שהוא מקוים בב"ד, נהי שאם הבעל היה בא ומערער היינו מצריכים לקיים את הקיום ב"ד, אבל קודם שערער הבעל לא מצרכינן על זה להשליח להצריכו לומר בפ"נ ובפ"נ, כי על זה לא תקינו רבנן, שלא מצינו לתקנתם רק על חתימות העדים ולא על חתימות הדיינים ומגילה מוקמינן לה אדינא, ויהיה לזה דין מביא גט בא"י שמותרת להנשא כל זמן שאין הבעל מערער :

איברא שיש לדקדק ע"ז מהתוספתא דפ"א דגיטין, דאיתא שם המביא גט ולא נכתב לפניו הרי זה מחזירו למקומו ועושה לו ב"ד ומקיימו בחותמיו, ומביאו ואומר שליח ב"ד אני, הרי שגם בגט מקוים צריך שיאמר שליח ב"ד אני, וקושיא זו הביא בפתחי תשובה (אה"ע סי' קמ"ב) בסוף הסימן בשם הרב הגאון ר' ברוך מרדכי זצ"ל, ונראה לענ"ד לומר שזהו כוונת התוספתא שלכך מהני מה שנתקיים הגט הגם שאין אנו מכירין את חתימות הדיינים, מפני שאומר שאינו שליח בגט מהבעל לבד שתקינו בו רבנן לומר בפ"נ ובפ"נ, רק שליח ב"ד פירוש במעשה ב"ד, ובזה לא תקינו רבנן שיהיה צריך לומר בפ"נ ובפ"נ. — עוד יש ליישב התוספתא והירו' שמביא לתוספתא זו, שלכך תני ואומר שליח ב"ד אני כדי שאפי' אם יבוא הבעל ויערער לא משגחינן ביה, דאלו מטעם שבקיום אין צריך לומר בפ"נ ובפ"נ היה בזה הדין כמביא גט בא"י שאין צריך לומר בפ"נ ובפ"נ, ואם הבעל מערער אז צריך קיום ב"ד, ובאומר שליח ב"ד אני ואומר זה בפני ב"ד בעת מסירת הגט מהני זה כאמירת בפ"נ ובפ"נ שלא יועיל אח"כ ערעור דבעל, וכמו דאמר הגמ' בגיטין בהמביא גט בא"י (דף ו' ע"ב) אי עבדת אהנית. — ונראה לענ"ד להביא ראיה לחזק הדין שכתב הרמ"א שלמעשה ב"ד לא תקינו רבנן להצריך בפ"נ ובפ"נ, והוא ממה דאמרינן (בדף כ"ט ע"ב) דשליח שני אין צריך שיאמר בפ"נ ובפ"נ אלא אומר שליח ב"ד אני, והנה לכאורה נאמר בטעם הדבר שאמירתו שנשלח מב"ד דמי כאומר בפ"נ ובפ"נ, ולפ"ז אם יבוא הבעל ויערער אח"כ ויאמר שהשליח שקרן הוא ומעולם לא היה שליח ב"ד לא יועיל העירעור, משום שנאמן באמירתו שליח ב"ד אני כמו שהשליח אומר בפ"נ ובפ"נ :

אך לפ"ז קשה מאי מספקא להגמ' אם שליח דשליח כי משני שליח אם הוא צריך בב"ד, ופירש"י משום כיון שהשליח שני אין צריך לומר בפ"נ ובפ"נ ע"כ אין צריך ב"ד, מ"מ במה נאמין להשליח בהגט שקבלו משליח שני שאמר שליח ב"ד אני, שמא מזויף הוא והוא בעצמו זייפו ואם יבוא הבעל ויערער ויאמר ששקר הוא שמעולם לא קבל הגט מיד השליח שני שאומר, הלא אין לנו במה לבטל ערעור שלו, וכיון דכל ענין בפ"נ ובפ"נ מצד זה הוא לפי שאין עדים מצויים לקיים הגט, לכך הצריכו חז"ל כדי שיהא זה קיום אפילו אם יבוא הבעל ויערער. ע"כ נראה לענ"ד להוכיח מספיקא של הגמ' שמועיל אמירתו של השליח השני שאומר שליח ב"ד אני, הוא משום כל שנעשה בפני ב"ד אין כאן חשש משום ערעור משום שאפשר בקל לברר, ויש לזה דין מביא גט בא"י משום דאף שהוא במדינת הים כיון שנעשה בפני ב"ד הו"ל כמביא בא"י, ואה"נ אם יבוא הבעל ויערער על זה שמעולם לא נעשה שליח ב"ד והגט מזויף יצטרך לעשות בירור שנעשה זה מכבר בפני ב"ד, ואם יערער על עשיית השליח הראשון להשני משום שהראשון לא נעשה שליח ממנו. ע"ז יועיל אמירת השליח הראשון לפני ב"ד בפ"נ ובפ"נ, אבל השליח השני להשלישי אין צריך ב"ד כלל, מפני שעל אמירתו אין כאן תקנה, ומסיק הגמ' דהשני לשלישי ג"כ צריך לעשות ב"ד דלא סמכינן על אמירתו של השליח השני שאמר לפני השלישי שהוא שליח ב"ד כל כמה שלא אמר זה בב"ד. ובעיקר הדין אם מועיל אמירתו של השליח שאומר שליח ב"ד אני, שנחשב זה כמו אומר בפ"נ ובפ"נ, אם מועיל זה שגם שיבוא הבעל ויערער ששקר הוא מתחלתו ועד סופו, אין צריך לברר כלל, או שהשליח השני יצטרך לברר שהוא היה שליח ב"ד והראשון ממילא נאמן לבטל ערעור הבעל ע"י אמירתו בפ"נ ובפ"נ זה צ"ע, דאפשר למסקנא אמירת שליח ב"ד אני הוא כאומר בפ"נ ממש הוא. — ואחרי הדברים האלה שביארנו, שבעצם הדין אין אנו חוששין לזיוף בגט להצריך קיום כל זמן שאין הבעל מערער, וגם הוכחנו שבדבר הבא מב"ד אין חוששין לומר שאין מצוי לקיימו, נכון דינו של התשב"ץ בשליח שהביא גט מקוים שאין צריך לומר בפ"נ ובפ"נ, לפי שהגט שנתקיים בב"ד יש לו דין מביא גט בא"י, שכל זמן שאין הבעל מערער מותרת להנשא, וה"נ כאן אם יערער הבעל יצטרך קיום, אך כל כמה שלא ערער מותרת להנשא ודו"ק :

סימן טז

בענין שיור בגט חוץ ממקום שהגט כתוב עליו, והשיור הוא של אחר אם הוא נחשב מחוסר קציצה :

איתא באה"ע (סי' ק"כ סעי' ב') גזל נייר וכתב בו גט כשר אפילו קודם יאוש, וביאר הח"מ שם משום דהוה

דהוה שינוי שאין חוזר שאף אם ימחקנו נייר מחוק מיקרי, וכתב ע"ז בספר תורת גיטין להגאון מליסא ז"ל (שם ס"ק ב') בביאורים, שאם נשאר חלק קלף גדול, שלא נכתב עליו שלא נתבטל להגט ולא קנה ליה הגזלן, פסול למאן דפוסל מחוסר קצירה בתלוש (בסי' קכ"ד), דאף שהיה מעיקרא קלף גדול וכשיקנה מקלת הקלף נשאר המותר קלף קטן, לא הוה שינוי כמבואר בחו"מ (סי' ש"ס סעי' ו') עכ"ד, ובאמת דין מחודש הוא, דהא בשו"ע שתים לה להאי דינא דגזל נייר וכתב עליו גט דמגורשת, דמשמע שבכל גוונא היא מגורשת גם אם נשאר גליון, ויען שלפי ע"ד יש לדון בעיקר יסוד דינו של התו"ג שאין זה מוכרח, ע"כ הנני לבאר הדברים בס"ד :

א) **עיקר** יסוד הדין שנקרא מחוסר קצירה למאן דפוסל מחוסר קצירה בתלוש גם שלא נקצץ קודם הנתינה רק שנשתייר בגט שלא ניתן לה, הוא מדברי התוס' והראשונים (בגיטין כ"א ב') שהביאו ראיה דמועט שנחתך אין פוסל משום מחוסר קצירה, מהא דבעי הגמ' (כ' ע"ב) בין שיטה לשיטה בין תיבה לתיבה מהו, ותיפוק ליה דהא הוה מחוסר קצירה, אלא ודאי שדבר מועט אין פוסל משום מחוסר קצירה, עכ"ד, א"כ הרי מבואר דעתם שאם היה דבר מועט ג"כ פוסל בנחתך משום מחוסר קצירה היה פוסל גם בנשתייר שלא ניתן להאשה מחמת מחוסר קצירה, ובאמת מה דפשיטא להו דזה חשוב כנחתך קודם הנתינה שיש לדון בזה משום מחוסר קצירה, נראה שדקדקו זה מהא דפריך שם הגמ' ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא ולא שנים ושלשה ספרים, הרי שסיור הנייר גם שלא נחתך עדיין כחתוך דמי ומחמת זה נחשב כשנים ושלשה ספרים, ע"כ סברי התוס' דה"ה כמי שיחשב מחוסר קצירה, וכן יראה מדקדוק לשון הרא"ש ז"ל (שם סי' כ"ג) בסופו שהביא ראיה הנזכרת מבעיא דבין שיטה לשיטה ומביא שם וז"ל ופריך הגמ' עלה ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא כו' כלומר לאחר שיחתוך הבעל את הנייר שלו יהא כשנים ושלשה ספרים אלמא לא נפסל משום מחוסר קצירה עכ"ל, הרי הליב הרא"ש יסוד הראיה על מה דפריך הגמ' ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא כו' והוא כמש"כ שכאן מוכחא מלתא דדיינינן את מה שנשתייר שלא נחתך כחתוך, והי"ה להלן נבאר מה שיש לדון לחלק ענין הא דנשתייר אם יש לדונו משום מחוסר קצירה, מענין הא דדיינינן משום שנים ושלשה ספרים. — אמנם לבד זה יש עוד מקום להוכיח מדבריהם שגם בשלא נחתך יש לפסול מטעם מחוסר קצירה, מהא דאיתא במתניתין דכותב ע"ג קרן של פרה ונותן לה את הפרה, ומשמע שאם לא יתן לה כל הפרה במתנה גמורה רק למקום הגט הוא הקרן לבד, והמותר יתן ברשותה בתורת פקדון אינו גט, ואין לומר שהפסול הוא משום שמחובר בדבר של הבעל וזהו פסולו בעצמותו, הא זה הוה בעיא דלא איפשטא בגמ' לעיל בין שיטה לשיטה מהו, ועוד דזה משמע דהבעיא הוא דוקא בין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה באופן זה, אבל אם היה שיור חתיכת נייר אחר בגליון הגט לא הוה מספקא להגמ' דאל"כ הוה להגמ' למיבעיא בסתמא היכא שנשתייר בגט מהו, וא"כ ע"כ מטעם מחוסר קצירה פסול אם לא יתן לה כל הפרה, אע"ג שלא נחתך כחתוך דיינינן לה והוה מחוסר קצירה :

ב) **ומ"מ** נראה לענ"ד שאין זו ראיה מוכרחת מתרי טעמי, חדא יש לומר כיון שקרן הפרה או יד העבד נקראים על שם הפרה או העבד ובטלים לגבייהו, לכן לא מיקרי כריתות דעדיין עיקר הגט על שם הבעל מיקרי, הגם שהיא קונה את הקרן או את היד, וזהו כמו שמצינו (בב"מ ז' א') גבי גט בידה ומשיחה בידו שגם שהיא קונה להגט דכמאן דפסיק דמי, ואפ"ה אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אין מגורשת משום שאין זה כריתות, וה"נ יש לומר ביד של עבד או בקרן של פרה משום דבטל הוא הגט לדבר של הבעל, ואין זה כריתות. — ועוד יש לומר דהא אנן קיי"ל דכליו של מוכר ברשות לוקח מעכב על הלוקח שלא יקנה מתורת חצר מה שמונח בתוך כלי המוכר וכמבואר בגמ' (ב"ב פ"ו ע"א ובחו"מ סי' ר' סעי' ו') וא"כ איך תוכל האשה לקנות הגט ע"י שתכנים אצלה ברשותה העבד או הפרה, הא הגט שהוא יד העבד או קרן הפרה מונח על כלי הבעל הנותן, ואף לדעת הסוברים שהא דקיי"ל שכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה הלוקח הוא מספיקא דבעיא דלא איפשטא, וא"כ יש לדקדק אם נאמר שטעם משנתינו במה דבעינן שינתן לה הפרה והעבד מטעם זה הוא דניפשיט מכאן האיבעיא, אך הא כתבו התוס' בב"ב שם ד"ה ובכליו, שגם למ"ד כליו של מוכר ברשות לוקח קנה לוקח הוא דוקא כלי דבטל לגבי הרשות אבל בהמה לא, וא"כ מלתא דפשיטא הוא שכל שאין נותן לה העבד או הפרה בשלימות לא מיחשב נתינה לגבי הגט, הגם שמ"מ הא אפשר שתקנה הגט שהוא היד של עבד או הקרן של פרה ע"י משיכת העבד והפרה או ע"י הגבהתם, אך הא גופא לאו מלתא ברירא הוא אם מתגרשת בקנינים אחרים שאינם מגדר יד או חצר שהוא כיד, וכיון דבהמה או עבד קובעים שם לעצמם לא מיקרי הגט נתון בידה *) :

אמנם

*) הגה"ה ועיין בתורת גיטין (סי' קל"ט סעיף ט"ו) שלידד לומר שקנין משיכה או הגבהה מועיל בגט באופן שלא יהיה עלי גיטך מע"ג קרקע, אך לענ"ד דבריו הק' אין מובנים, ויסוד דבריו בקנין משיכה והגבהה אינם דומים לקנינים אחרים וכקנין יד דמי וראיתו מהא דאיתא (בב"מ מ"ח ב') מיד עמתך דבר הנקנה מיד ליד והוא משיכה, ולענ"ד אין זה מוכרח דהא לא כתיב בקרא ביד הקונה רק מיד המוכר וא"כ היכא מבורר שמשיכה כיד נחשב, ועוד הא בקרא נאמר מיד ובאמת משיכה מועיל גם מר"ה לסימטא, וכשמונח בר"ה, אז לא היה מונח ביד המוכר כלל ואפ"ה קרי ליה רחמנא מיד, אלא צריך לומר כן דהכי דייק רש"י לקים מדכתיב או קנה מיד עמתך והאי מיד ידו ממש הוא ולא רשותו כדאיתא (ב"מ נ"ו ע"ב) דמזה דייק שם הגמ' דמיירי במטלטלין הנטל מיד מיד היינו שיהיה אפשר להנטל בידו ממש, ומדקאמר או קנה מיד מוכח נמי לקים שהקנין נגמר בעת שיוצא מיד המוכר ליד הלוקח, וא"כ אי אפשר לומר שמעות קונות א"כ לא היה הקנין בעת שיוצא מיד המוכר, כ"א קודם בעת שעדיין הדבר ביד המוכר, ומדכתיב או קנה מיד מוכח שהקנין הוא על ידי שיוצא מיד המוכר, וממילא ידעינן במשיכה דע"י משיכה יוצא מיד המוכר ליד הלוקח או לידו ממש, וה"ה לרשותו שזה ידעינן ממקום אחר בפ' הדין הנכנס לרשותו או לחצרו או ע"י משיכה לסימטא שזה חשוב ג"כ קנין כיד וחצר, ומ"מ בידה לא מיקרי זה דהא אי לאו הריבוי הוה אמינא לענין גט שבעינן ידה ממש, ומריבויא דונתן ילפינן חצר והדומה לחצר כמו גגו וכו' אבל קנין אחר הגם שקבלו חז"ל שזהו הוא קנין כמו יד וחצר, היינו משיכה והגבהה, מ"מ לענין נתינת גט אין זה ראיה שמועיל, הגם שלענין גניבה דמרבינן שם ג"כ גגו כו' מ"מ משיכה והגבהה קונה ג"כ, משום דהתם מרבינן מאם המצא תמצא ולכן גם משיכה והגבהה מועילים ג"כ שהשוכים נמצאים בידה, משא"כ כאן דמרבינן מונתן לא נוכל לרבות רק חצרו ולא ע"י המשיכה והגבהה לפי שאינן נגמרים ע"י נתינתו, הגם באין בם משום עלי גיטך מע"ג קרקע משום שהוא עשה התחלה מ"מ אין זה נתרבה מקרא דונתן. — עוד הביא ראיה מדברי הרשב"ם (ב"ב פ"ה ב') בד"ה שקנתה תלויה בה וז"ל „דהמי להגבהה שקונה בכל מקום" ע"ש והקשה בצלאו לפ"ז דהא בקבורה אע"פ שאין תלויה א"א לפרש מטעם הגבהה כיון שנגררת ע"ג קרקע, ולענד"נ דכונת הרשב"ם לאו מטעם שהגבהה מועלת לגט, דבאמת הגט נעשה ואל הגירושין מטעם שמונח בכלי שלה שהוא כחצרה שאתי מידה, אלא לפי מה שס"ל דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קני מפני שאין להכלי חשיבות לחלוק רשות לעצמו בתוך רשות המוכר ובטל הוא לגבי רשות המוכר, ולזה לחד ליכנא מבני מה דקלתה קשורה בה אע"פ שלא נה הלויה בה משום כיון שקשורה בה וכי היכי שהיא אין בטלה לגבי רשות בעלה שהוא שם כן אין בטל מה שקשורה בה לגבי רשות שהוא שם, ולמ"ד דשגר דבעינן דוקא שיהיה תלויה ג"כ לזה הוצרך הרשב"ם להוסיף הטעם משום כיון שהוא מוגבה פכתה והגבהה דבר חשוב הוא שקונה בכל מקום וע"כ ממילא אין בטל הכלי לגבי הרשות שבם הוא, וע"כ מועיל זה לענין הגירושין מה שהגט

הונח

אמנם גם אם נאמר כדעת התו"ג שמתגרשת בקנין הגבהה או משיכה, מ"מ יש ליישב הא דקרן של פרה ע"פ דעת הקצוה"ח (סי' ר"ב ס"ק ד') לתרץ קושית הרשב"א על רש"י בפ' הזורק שכתב רש"י שם מטעם קנין אגב, למה בעינן דתקנה האשה להזות דוכתא דהא קיי"ל דלא בעינן ציבורים, ותירץ הקצוה"ח משום שגם אם מתגרשת בקנין אגב מ"מ כל שהגט מונח בחצרו גרע מטעם שאין זה כריתות ודמי לגט בידה ומשיחה בידו עיי"ש, וא"כ יש לומר כיון שקיי"ל שכליו של מוכר ברשות לוקח מיקרי מונח בחצרו של מוכר ע"כ בגט שכתב על היד או הקרן שמונחים על גוף חצר הבעל אינה מתגרשת מטעם שאין זה כריתות. ובזה יתיישב קושית הפ"י והתורת גיטין שהקשו בגמ' (גיטין כ"א) לפי הס"ד דלא ידעינן מתירולא דמחוסר קצירה דפריך הגמ' אלא קרן של פרה לקציה וליתביה לה, למה בעינן למקציה כלל, ולמש"כ אתי שפיר משום כיון שמונח ע"ג כלי של הבעל לא מיקרי כריתות כנ"ל. — אמנם באמת נראה לענ"ד שאין מספיק בטעם הב' שכתבתי, דאכתי תיקשי למה הצריכוהו במתניתין שיתן לה העבד והפרה ומשמע נתינה גמורה כדין נתינת הגט שבעינן נתינה חלוטה, אבל נתינה לזמן אין מועיל בגט, וכדמוכח מפירש"י לעיל (דף כ' ע"ב) גבי על מנת שתחזירי לי את הנייר משום דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, הרי הטעם דמועיל משום ששמה מתנה אבל מתנה לזמן אין מועיל, וכמו שביאר הרא"ש (סוכה פ' לולב וערבה) החילוק בין מתנה לזמן למתנה ע"מ להחזיר, ואילו לעכב שלא יהיה ברשות הנותן בזה גם שאלה לזמן מועיל, וכדאמר הגמ' (גיטין ע"ז) כגון דאושלה מקום בחצירו וא"כ למה בעינן שיתן לה הפרה הא סגי בשאלה לזמן, אלא ודאי משום שהוא גופו של גט בעינן שיתן לה נתינה גמורה כמו הגט ואם ישייר בו חשבינן ליה כמחוסר קצירה, [אך מטעם הא' שכתבתי יש לומר שהפסול משום שיור הגט בעצמותו] ובסמוך עוד נדבר בזה בעז"ה:

ג) **אמנם** נדון זה דמחוסר קצירה נחשב כשיש שיור בגט שלא ניתן לה שנאמר שיסודו מהא דפריך הגמ' ספר אחד אמר רחמנא, או מהא דקרן של פרה שכתבנו, מ"מ לא מצינו רק אם השיור היה דבר של הבעל אבל אם השיור היה של אחר לא מצינו, וחילוק גדול יש בזה דיש לומר שכל שיש בגט דבר של הבעל שאם יוחתך יבטל כשרות הגט, או דבר שא"א לחתכו כלל, אינה מגורשת מפני שהגט תלוי בדבר של הבעל ואין זה כריתות, ולכן שפיר דקדקו התוס' מהא דפריך הגמ' אבין שיטה לשיטה שאם היה נפסל משום שנים ושלשה ספרים ואין זה ספר אחד כשהיה נחתך גם כשלא נחתך פסול, וטעם הדבר כיון שא"א לחתוך דבר של הבעל בעת חלות הגירושין א"כ תלוי הגט בדבר של הבעל, א"כ יש ראיה מזה שגם אם יקלץ זה לא מפסיל משום מחוסר קצירה, דאם היה זה נחשב למחוסר קצירה כשיקלצו זה, גם כשלא נחתך מהגט ג"כ אין להכשירו דהא דבר של הבעל גורם כשרות הגט, אבל בנשתייר בגט דבר של אחר שאינו של הבעל יש לומר שכל זמן שלא נחתך קודם נתינת הגט אין פוסל לא משום מחוסר קצירה ולא משום שנים ושלשה ספרים לפי שלע"ע לא נחתך עדיין. אמנם עומד נגד זה שכ' דברי הר"ן והריטב"א שכתבו הטעם אהא דפריך הגמ' ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא וכו' משום דכל העומד לקלוץ כקלוץ דמי הרי דדיינינן ליה כקלוץ ממש, וא"כ גם בשל אחר יהיה ג"כ הדין כן. אך באמת סברא זו לענ"ד מרפסא איגרי היאך הוא מוכרח לומר שמשום שהוא עומד לקלוץ שיהיה נדון כמו שהוא עכשיו קלוץ, עד שיהיה קושיא להגמ' בפשיטות ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא וכו' ומנא לן זה, ובכל המקומות דאמרינן כל העומד לקלוץ כקלוץ דמי חולין (ע"ג א') וכל העומד לזרוק (ב"ק ע"ו ב') רבנן פליגי ע"ז ולא קיי"ל הכי, ולמה כאן פשיטא להגמ' דנחשב כקלוץ, ואדרבה דוגמא כעין זה דהכא מצינו בסוכה שבנאה ע"ג קרקע חברו דאיתא בסוכה (דף ל"א ע"א) דלרבנן כשירה משום דקרקע אין נגזלת והוה סוכה שאולה, ואמאי לא נאמר כיון דהקרקע והסוכה אינו של אחד ועומד הסוכה להנטל מן הקרקע וא"כ הוה הסוכה בלא קרקע והקרקע בלא סוכה שזה פסול, ולא אמרינן הכי רק אמרינן כיון דהשתא הוה סוכה עם קרקע לא איכפת לן מה שעומד להחלק, וה"נ השתא ספר אחד הוא ומה לנו מה שסופו להקלץ:

לכן נראה לענ"ד להעמים בכוונת הר"ן והריטב"א שהטעם הוא שאנו מוכרחים לדון כאלו הוא קלוץ וכל שאלו היה קלוץ היה כשר גם כשאינו קלוץ ג"כ כשר ולולי זה לא חשוב כרות גיטא וכמש"כ, וזה יהיה כוונתם שכל העומד לקלוץ פירוש שהטעם שדבר של הבעל המחובר להגט אין מעכב הכרות גיטא משום שאפשר לקוצצו, ולכן חשבינן כאלו הוא קלוץ, ואם בקלוץ היה פסול גם עתה הוא פסול, אבל בשיור של אחרים שאין לדון בזה משום כריתות, אין הכי נמי שלא נחשב כקלוץ. — אמנם מ"מ יש לומר ע"פ דרך זה שבארנו שיש מקום לפסול גם אם השיור הוא של אחרים, והוא משום שהתורה אמרה שהבעל יתן לה הספר כריתות, וכל דבר הנצרך להגט שבלעדי זה כגון אם היה נחתך ממנו קודם נתינה היה הגט פסול נמצא שזה נצרך להגט, וזה הדבר צריך שהבעל יתן לה והוא בכלל נתינת הגט, ואם אין זה הדבר שלו אין נותן לה הגט, וע"כ יהיה מטעם זה פסול שיור בגט הן של הבעל והן של אחר, רק אם הדבר הזה הוא שאם נחתך היה הגט פסול, או משום מחוסר קצירה או משום ספר אחד וכדומה:

ד) **איברא** בעלם הדמיון של דין מחוסר קצירה גם בשלא נחתך להא דפריך הגמ' ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא ולא שנים ושלשה ספרים שפוסל זה ג"כ גם קודם שנחתך וכמו שדקדקו לעיל (אות א') מדברי הרא"ש, אכתי יש לדון בזה ולומר דאין הכי נמי שאנו דנין זה כאלו היה חתוך וכל שאם היה חתוך הוא פסול, הוא מעכב גם קודם שנחתך אם אינו ניתן להאשה מה שאלו היה חתוך היה פסול, אבל יש לומר שאנו דנין כאשר הוא חתוך מתחלתו וכל שאם הי' חתוך מתחילתו היה הגט נפסל נמצא דכשרות הגט תלוי במה שלא ניתן להאשה וכמש"כ, וע"כ בפסול של שנים ושלשה ספרים שגם אם היה חתוך מתחלה היה פסול, ע"כ הוא מעכב הגט גם כשלא נחתך, אבל בפסול של מחוסר קצירה שאם היה נחתך קודם כתיבה היה הגט כשר, מנ"ל שמעכב בלא נחתך כלל דהרי נוכל לדון בזה ממ"נ אם בתר מעשה אזלינן היאך שהוא הרי לא נחתך כלל ולא היה מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה

הונח מיד הבעל לתוך כלי זה ואויר כלי זה כחצרה חשיב, ובזה נראה לענ"ד ליישב דברי רש"י (ע"ז ע"א ע"ב) דפריך הגמ' „שיף ס ף כי מטא לאוירא דכלי קניה יין נסך לא הוי עד דמטא לארעא דמנא" ופירש"י שם מדמטי לאוירא דמנא דעובד כוכבים קניא עובד כוכבים בהגבהה, ע"כ. ולכאורה תמוה יאוד היאך שייך ע"ז לומר שיקנה הא"י בהגבהה הא היין מונח עדיין בלוגא ולא הגיע בשולי הכלי ואין מוגבה מכח הא"י האוחז הכלי רק עדיין היין מוגבה מכח המוכר הישראל, ואך שייך ע"ז ומר בקנייה הא"י בהגבהה, והנה מצאתי שהריטב"א הקשה קושיא זו על רש"י ויעויי"ש מה שתירץ בזה והוא דחוק מאד כברתו בזה, אמנם לפמש"כ יתיישב דברי רש"י והוא בכוונת רש"י יהיה ג"כ מטעם כליו ולפי הס"ד ד.מ' ג"כ יהיה כן גם הגמ' מטעם שכלי העובד כוכבים קונה להיין גם בעודו באויר, רק לפי המס"ד היה כוונת הגמ' לגבי שא"י אוחז הכלי בידו וע"כ אסי' למ"ד כלי של לוקח ביד מוכר לא קנה מ"מ כיון דנקט ליה בידו להכלי והיא מונחת במילא קונה מה שמונח באוירה מהורת כליו, וזהו כוונת רש"י שהוא קונה בהגבהה פירוש שע"י הגבהת הכלי תמילא קונה מה שמונח באוירה. ע"כ:

לנתינה, ואם בתר מחשבה שנחשב כאלו היה נחתך המותר מה שלא ניתן לה ואנו דנין בכשרותו כאלו היה חתוך, כדון בו כאלו הי' חתוך קודם התחלת הכתיבה, ומנ"ל להראשונים לחדש חומרא זו שאנו דנין בו כאלו הוא חתוך אחר הכתיבה וקודם הנתינה אחרי שלא נמצא זה בגמ' בפירוש. ובכדי לבאר דעת הראשונים ז"ל שדקדקו בדין מחוסר קציצה גם שלא נחתך, נלע"ד לומר שבאמת ענין מחוסר קציצה בדבר התלוש שהיה באפשרות לתן הגט גם בלא הקציצה, לכאורה אין זה מבורר שיתמעט מקרא דוכתב ונתן שאין מחוסר אלא נתינה, שהרי לא היה מחוסר מעשה להנתינה כלל דאפשר להגט להנתן בלי מעשה כלל, ואי משום שבאמת נעשה כאן מעשה קציצה בין כתיבה להנתינה הרי כתב הרשב"א בחידושיו לגיטין, ודקדק ממתניתין דאמר ר' יהודה עד שיהא כתיבתו וחתימתו בתלוש ולכאורה חתימתו מיותר הוא כיון שהיה כבר תלוש בשעת כתיבה, וביאר הרשב"א דאתי לאשמיענן שאם היה תלוש ונתחבר אחר הכתיבה קודם החתימה ובעת החתימה היה מחובר שפסול [וכן הוא בתוס' (דף ד' ע"א) ד"ה עד] והוכיח מזה הרשב"א שאם היה נתחבר אחר החתימה ונתלש קודם הנתינה הוא כשר, יעוש"ה ברשב"א שהאריך בזה והביא שם שבירושלמי הוא בעיא דלא איפשטא, וא"כ הא חזינן לפי דעת הרשב"א שמה שנעשה בו מעשה הקציצה קודם הנתינה אין פוסל, ולמה פסול בתלוש שנעשה בו מעשה אחר הכתיבה וקודם הנתינה:

ה) **וראיתי** להפר"ח (בהל' גיטין סי' קכ"ד סעיף ד') שהביא לדברי הרשב"א הנ"ל והביא סוף דברי הרשב"א וזה לשונו, וכתב בסוף דבריו ומיהו בירושלמי [בירושלמי דילן הגי' מהופכת שמקודם נאמר שם בבא בתרייתא שהוא אליבא דר"י ובבעיא דבעי אליבא דרבנן שם בתר הכי, איתא בירושלמי דילן כתבו בתלוש חברו ותלשו, וחתמו אמנם המפרשים הגיהו חברו חתמו ותלשו וכו' וכן הוא מוכרח דהא ארבנן דמתניתין קאי] איבעי להו כתבו בתלוש חברו חתמו ותלשו ונתנו לה מה אמרו ביה רבנן, כתבו וחתמו בתלוש מה אמר בה ר"י ולא איפשטא, ומדלא איבעיא לגמ' דילן משמע דבמתניתין שמיע לה כמו שפירשתי עכ"ל הרשב"א. וכתב ע"ז הפר"ח ובאמת שאינן אלא דברי תימה דמה בכך שלא איבעיא לגמ' דילן, והלא כמה בעיות איכא בירושלמי שלא נמצא בגמ' דילן ואפ"ה כולם הלכתא נינהו כיון שלא איתפרש בש"ס דילן היפך הירושלמי, וכמה נחשב זר בעיני שעל דיקדוק א' שיש במשנה, שנדחה הירושלמי והלא בני מערבא ידוע להו פירושא דמתניתין טפי מינן עכ"ל הפר"ח שתמה על הרשב"א:

ולענ"ד לדקו דברי הרשב"א דמה דהרשב"א דייק ממתניתין והירו' לא דייק י"ל דהירו' שסובר שגם אם נתחבר אחר חתימה פסול, וא"כ פסול החתימה במחובר שנזכר בדברי ר"י אינה רבותא דהא אפי' אחר החתימה ג"כ פסול ולא מצרכינן יתם החתימה לזה, ועיקר הרבותא השמיענו ר"י שגם הכתיבה מצריך לעיכובא שתהיה בתלוש וכוונת הלשון עד שתהא כתיבתו וחתימתו הוא לאפוקי מדעת רבנן דאמרי דסגי בחתימתו לחוד בתלוש, אתי ר"י ומוסיף שתהיה גם כתיבתו כמו חתימתו בתלוש, אבל גמ' דילן מוכח דלא סברי הכי דאם נאמר שגם אחר החתימה אם נתחבר פסול, א"כ אין יתרון להחתימה בזה ואם נתחבר אחר הכתיבה כשהיה גם אחר החתימה קודם הנתינה ג"כ פסול ואפי' לר"א דאמר עדי מסירה כרתי וחתימה בגט אין מוכרחת, יופסל ג"כ אם הכתיבה בתלוש והחתימה אח"כ במחובר, וא"כ מנ"ל להגמ' (בריש מכילתין דף ד') לדקדק דר"י סבר דבעי כתיבה וחתימה דלא כר"מ ודלא כר"א, א"ו דגמ' דילן סברי להאי דיוקא מדקאמר עד שתהא כתיבתו וחתימתו מכלל דתרווייהו דוקא נינהו ומשכחת זה בלא זה ושניהם נצרכים לגט, ע"כ קפדינן אכתיבה וחתימה שיהיה בתלוש, ולבד זה לא קפדינן אנתחבר אח"כ, והמעיין בדברי הרשב"א יראה שעיקר יסוד דבריו בנה על הסוגיא שבדף ד' שכתבתי, ומש"כ הרשב"א בלשונו מדלא איבעיא לגמ' דילן, נראה לי בכוונתו שבאמת יש לפרש בירושלמי שזה גופא מיבעיא להירושלמי אם מה דאמר ר' יהודה עד שיהא כתיבתו וחתימתו, אם חתימתו דוקא הוא כגמ' דילן וא"כ יהיה מוכח מזה שאחר החתימה אין קפידא בחיבורו, וגם מוכח שתלוש ולבסוף חברו פוסל ג"כ, או שאינו דוקא הוא ורק מוסיף כתיבתו, לחתימתו דאמר ת"ק, ובזה יהא מדוקדק מה דנקט הירו' הבעיא זו דאם חברו אחר חתימה אליבא דר' יהודה הא כן הוה מצי למיבעי בעיא זו גם אליבא דרבנן, היינו אליבא דכו"ע, ולמש"כ אתי שפיר לפי שיסוד לדדי הספק מן שני הבעיות הן הבעיא קמייתא [לפי הגירסא דילן בירו'] והבעיא בתרייתא הכל תלוי בסברת דקדוק פירושו מה דאמר ר"י חתימתו, וע"כ שפיר כתב הרשב"א שמד' הגמ' לא מיבעיא להו הכי, הוא מדנקט הגמ' סתמא בפשיטות דר"י מצריך תרווייהו בדוקא כדאיתא בדף ד' משמע דממתניתין שמיע להו הכי, ומעתה דברי הרשב"א נכונים וסרה תמיהת הפר"ח מעליו:

והריטב"א בחידושיו למס' גיטין (כ"א ע"ב) כתב וז"ל ולענין תלוש שחברו ובטלו איכא מ"ד דפסול ודייקי לה בדר"י דאמר עד שתהא כתיבתו וחתימתו בתלוש, דאם כתיבתו בתלוש חתימתו בתלוש [כיון בזה לד' הרשב"א שהבאנו] ורבינו נר"ו אומר בזה [לפה"נ הוא הרא"ה כי סתם רבינו הנז' בריטב"א הוא הרא"ה בר פלוגתיה של הרשב"א] דמכאן ליכא ראיה כלל דההוא אילטריך דאם אמר עד שתהא כתיבה בתלוש הוה אמינא דר"י לא בעיא אלא כתיבה לשמה אבל חתימה לא בעי כו' ועוד דאפשר שיהא כתיבתו בתלוש וחתימתו במחובר, כגון שכתב גט על עץ לח ונטעה ואחר ג' ימים שהוקלט הנטיעה דהוי מחובר גמור חתמו העדים ומשו"ה נקט - עד שתהא כתיבתו וחתימתו בתלוש הלכך אפשר שתלוש ולבסוף חברו ובטלו לא חשיב כמחובר כו' עכ"ל הריטב"א, ונראה מדברי רבו של הריטב"א המובא בדבריו הגם שחולק על הרשב"א בדינא של תלוש ולבסוף חברו, מ"מ בדינא של נתחבר לאחר החתימה נראה דסבר כוותיה, והוכחה לזה הן מדבריו באופן הראשון דלא משכחת שחתימה יהיה במחובר והכתיבה הקודמת תהיה בתלוש, ורק משמיענו האמת דמצרכינן לחתימה במחובר ללמוד למקום אחר על לשמה, ואם נאמר שכל שאחר הכתיבה נפסל במחובר גם בנתחבר אחר החתימה נפסל ג"כ א"כ אין ראיה מזה לענין לשמה בחתימה דילמא חתימה לא בעי, ופסול מחובר בחתימה מפני שאחר הכתיבה הוא נתחבר, וממסקנת דבריו שכתב דאשכוחי משכחת לה באמת ודאי מוכח שפסול חתימה במחובר הוא רק מצד החתימה גופא שהיא במחובר ולא מצד שנתחבר אחר הכתיבה קודם הנתינה, ורק מטעם דבעי ר"י חתימה לעיקר בגט וזה פשוט בכוונת דבריו של הריטב"א שהביא בשם רבו. אלא שלפ"ז צ"ע לי סוף דברי הריטב"א שם, זה לשונו, ותדע לך דמדר"י ליכא ראיה דהא בירוש' בעי לה כתבו בתלוש ולבסוף חברו ונתנו לה אמאי לא פשטוה מדר"י, ומיהו בגמ' דילן דלא איבעיא להו אפשר דפשיטא להו דתלוש הוה כיון דלענין הכשר זרעים וע"ז אמרינן בעלמא דתלוש הוה וזה נכון מרבינו נר"ו, עכ"ל. ולמש"כ צ"ע מאי מייתי מהירו' ראיה הא לפי מה שבארנו דבריהם מוכח שנתחבר לאחר החתימה קודם הנתינה אין חשש לזה, ואלו להירו' מיבעיא גם בזה אליבא דר"י ולא פשיט לה מדר"י, והולם לריך לומר שיטתו בירו' הוא כגיר' הפני משה שהגי' גם בבעיא דאליבא דר"י שהחיבור היה קודם החתימה, וכל הבעיא דירושלמי הוא לענין תלוש ולבסוף חברו, אבל זה גם להירוש' חיבור שאחר הכתיבה והחתימה קודם הנתינה אין פוסל, וגם לפי הגי' שבירו' לפנינו דהבעיא

הוא

הוא בנתחבר אחר החתימה, מ"מ לדינא יש לומר כיון דר"א בתר הכי בעיא אליבא דרבנן דמתניתין בנתחבר אחר הכתיבה בשעת חתימה משמע שנתחבר אחר החתימה לא קפדינן, וכן מפרש הק"ע שבא"ל קבעי אם נאמר דאחר החתימה לא קפדינן אם נתחבר, וכיון שכן ראוי לפסוק בזה כר"א דלא שבקינן פשיטותא דר"א בבעיא בתרייתא מספיקא דבעיא קמייתא:

ו) **ואחרי** אשר חזקנו דברי הרשב"א בזה שחיבור לאחר החתימה קודם הנתינה אין מוריד פסול להגט, וא"כ חזינן שהקציצה הנעשה קודם הנתינה אין פוסל להגט כל שהכתיבה והחתימה היה בהכשר, וא"כ צ"ע טובא למה פסלינן מחוסר קציצה בתלוש שנחתך אחר החתימה קודם הנתינה הא הכתיבה והחתימה היו שם בהכשר. והנראה לענ"ד לומר בזה דהנה הגמ' פריך אהא דקרן של פרה לקציה ולותביה לה ומשני אמר קרא וכתב ונתן מי שאין מחוסר אלא נתינה יצא זה שמחוסר קציצה ונתינה, ולכאורה צ"ע מאי פריך הגמ' לקציה ולותביה לה הא מתניתין היא בסמוך שמחובר הנקצץ אחר הכתיבה קודם הנתינה פסול ואם הגמ' שואל הטעם אמתניתין גופא דפסלינן במחובר הנקצץ אחר הכתיבה קודם הנתינה הו"ל להגמ' לאקשויי ילפותא דקרא אמתניתין, והכא לא הוה להגמ' לאקשויי לקציה ולותביה לה, אלא דנלע"ד דהגמ' בס"ד קסבר דפסול דמחובר מפני שמחוסר מעשה בעת הכתיבה שא"א להיות נתינת הגט בשום אופן עד שיוקצץ דבעינן שינתן לידה או לרשותה שהוא כידה, וזה א"א בגט שהוא במחובר ואין להשיב ע"ז דהא אפשר גם במחובר לקרקע ממש שינתן לה הגט בלא קציצה ע"י שיקנה לה כל הקרקע והגט המחובר לקרקע תקנה מתורת חצר שמונח על הקרקע וכמו דאמרינן בגמ' (כ"א א') כתב גט ונתנו בחצר וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתו ומתגרשת בו, יש לומר דבעינן חצירה דומיא דידה שהגט יהיה מונח בחצרה ולא שהגט והחצר יהיה דבר אחד, ובזה נראה לע"ד לבאר ד' הריטב"א שהביא בשם רבו שתלוש ולבסוף חברו הוי כתלוש כמו דאמרינן בגמ' לענין הכשר זרעים וע"ז, והנה זה ודאי דראיתו הוה לפי שיטה דיליה שדין מחוסר קציצה הוא רק במחובר ובע"ח דאל"כ להנך דסברי שגם בתלוש יש דין דמחוסר קציצה איך שייך לדמות לזרעים וע"ז ששם בעינן מחובר ממש, אך גם לשיטתו צ"ע היאך שייך לדמות לזרעים וע"ז, הא כאן כיון שאי אפשר לקיים הנתינה רק ע"י מעשה קציצה מן זה שחברו, אך לפמש"כ אתי שפיר לפי שכיון שתלוש ולבסוף חברו אין נקרא מחובר א"כ אפשר לקיים הנתינה בלא מעשה קציצה היינו שיתן לה בקנין כל הקרקע שמחובר שם הגט ותתגרש מטעם חצר ודו"ק:

והנה הגיע דברי אלו לפני ידידי הגאון הג' מו"ה ר' מאיר שמחה הכהן נ"י בימי עלומיו בהיותו בביאליסטאק והקשה ע"ז מהא דאיתא בגמ' (ב"ב ס"ז) משום דתלוש כ"ש קנה אמר רב ששת הכא במ"ע דאמר ליה לך יפה לי קרקע כל שהוא וקני מה שעליה, והתוס' שם ד"ה לך כתבו שם הפירוש החזק בקרקע ע"י יפוי דהוי כעין נעל כו' ותהא שאולה לך להיות כחצרך לקנות מה שעליה, הרי מבואר שגם שהנקנה הוא דבר אחד עם החצר מ"מ קונה בתורת חצר ואנכי השבתי ע"ז אם כי לשיטת התוס' יש ראיה מזה, אמנם הרשב"ם שם פי' שמתורת קרקע קונה גם המחובר לקרקע, והרמב"ן בחידושיו שם הביא בשם הרי"ף והריב"ן מגש תלמידו שפירשו להגמ' זו מטעם קנין אגב קרקע, ומדהפכו לטעם אחר ולא פירשו מטעם חצר, המוכרח הוא דס"ל שלא מצינו לקנין חצר שיועיל רק בדבר שמונח בחצר ולא שהנקנה יהיה חלק מדבר הזה שנחשב לחצרו, ומה שהרי"ף ותלמידו הריב"ן מגש ניידי משיטת הרשב"ם, משום שמפרשים הגמ' דמיירי בעומד ליתלש דלא הוה כקרקע, וזה טעמן של התוס' שלא פירשו כשיטת פי' רשב"ם, ומה שניידי התוס' מלפרש מטעם אגב משום דהתוס' סברי כשיטת הסוברים שגם בציבורים בעינן אגב וכיון שלא הוזכר בגמ' לשון אגב, רק אמר סתם וקני מה שעליה, ע"כ סברי שא"א לפרש מטעם אגב, אמנם הרי"ף והריב"ן מגש והרמב"ן יהיו סוברים כשיטת הרמב"ם המובא (בחו"מ סי' ר"ב) דבציבורים לא בעינן אגב, וגם לדעתם של התוס' ג"כ יש ליישב שלא יהיה נגד הסברא שכ' שהיכא שהוא דבר אחד עם החצר א"א לדון בזה דין קנין חצר, משום שלשיטתם מיירי באין הפשתן צריך לקרקע ועומד ליתלש לכן נאמר שכתלוש דמי ונחשב כדבר מופרד המונח בחצר ושייך ע"ז קנין חצר, משא"כ במקום שהוא צריך לקרקע ונחשב המחובר דבר אחד עם הקרקע אין שייך בזה דין חצר וכנ"ל. — ובזה שכ' יש ליישב מהא דאיתא בגיטין (כ"ב ע"א) גבי עציץ של אחד וזרעים של אחר מכר בעל זרעים לבעל העציץ לא קנה עד שיחזיק בזרעים, ולמה לא יקנה מטעם חצר שהזרעים מונחים תוך העציץ, ולמש"כ אתי שפיר כיון שהזרעים מחוברים עם עפר העציץ א"א לדון ע"ז דין חצר לפי שהוא דבר אחד עם החצר המונח שם הזרעים:

עוד נראה לענ"ד לומר שגם אם נאמר לפי שיטת ד' התוס' שבב"ב פ"ז הנ"ל שגם המחובר לקרקע נקנה מטעם חצר, ונאמר שהתוס' סתמו בכל גווני יוכל לקנות מטעם חצר גם בצריכי לארעא מכל מקום יכול לקנות מתורת חצר, מ"מ יש לומר שלענין גט שאני, דניחזי אנן שגט חלוק מקנין שלענין קנין גם אם היה מונח בחצר הקונה מקודם יכול המוכר להקנות לו בתורת חצר, ואלו בגט אין מועיל אם היה מקודם מונח בחצרה ואח"כ יאמר הבעל שמקנה לה במה שמונח בחצרה שתתגרש בו, והטעם דבגט בעינן נתינה, ולכן בזה יש לחלק ג"כ שלענין קנין יכול שפיר להקנות בתורת חצר גם שהנקנה מחובר עם החצר (וסוגיא דגיטין בעציץ וזרעים לפי שיטה זו שכ' בדעת התוס' נצרך ליישב באופן אחר ויש לי בזה דברים ואין כאן מקומן) כנראה מד' התוס' ב"ב הנ"ל, אבל לענין גיטין שבעינן נתינה ולכן אין מועיל כשהגט הוא דבר אחד עם החצר ובעינן שיהיה מופרד מהחצר דוקא וכמש"כ, ולכן כיון שבעודו מחובר א"א להיות בו נתינה ולכן פסול משום שמחוסר מעשה הכרחי בין כתיבה לנתינה, אבל בקרן של פרה כיון שאפשר שינתן הגט כפי מה שנכתב בלא שום מעשה היינו שיתן לה כל הפרה לית לן למפסל גם כשיקצץ, ולכן פריך הגמ' לקציה ולותביה לה, וע"ז חדית לן הגמ' בתירוצא מדרשא דוכתב ונתן מי שאין מחוסר אלא כתיבה ונתינה, והכוונה הוא שכפי מה שניתן לה הגט בסוף בעינן שיהיה כן בעת הכתיבה, שלא יצטרך למעשה אחר הכתיבה על נתינת הגט כפי מה שניתן בסופו וכעין זה דקדק הרשב"א ז"ל בחידושיו במה שהובא לעיל בדברינו, שכתב בנתחבר אחר החתימה ונקצץ כשר משום שבעת הכתיבה והחתימה לא היה מחוסר מעשה, הגם שבאמת כפי מה שנתנוה אח"כ היה מחוסר מעשה, והקשה בעצמו מהא דפסיל רבא על עלה של עציץ נקוב גזירה שמא יקטום, ומאי איכפת לן אי קטים לה בסוף הא בעת הכתיבה לא היה דעתו לקצוץ רק לתן בשלימותו ולא היה מחוסר מעשה בעת הכתיבה, ותירץ ע"ז דהתם לפי מה שנתנוה אח"כ בעת הנתינה כשקצץ נתגלה שבעת הכתיבה היה מחוסר מעשה זו עיי"ש עכת"ד, ונמצא שדבריו ממש כמש"כ דהאי דונתן בעינן שבעת שכתב לא יהיה מחוסר מעשה רק הכתיבה והנתינה, אבל כל שכמו שנתן בסוף מחוסר לזה מעשה בעת הכתיבה בלעדי הכתיבה מיקרי מחוסר קציצה ופסול:

ז) **ובזה** נראה לענ"ד לבאר יסוד המחלוקת של הראשונים ז"ל בענין מחוסר קציצה בתלוש שדעת רש"י ורשב"ם ושיטתם שדוקא בעוקר דבר מגידולו, ודעת ר"ת

ור"י

ור"י וסייעתם שגם בתלוש שנקצץ ממנו קודם נתינה הוה מחוסר קציצה ופסול, ויעויין בתוס' ורא"ש והרשב"א והר"ן שביארו מחלוקתן. והיינו טעמא שלדעת הסוברים שדוקא בעוקר דבר מגידולו הוי מחוסר קציצה, משום כיון שבאמת אין מחוסר מעשה בהכרח קודם נתינת הגט וכמש"כ בהא דקרן של פרה, ורק הפסול הוא משום דדרשינן וכתב ונתן היינו מה שיתן בסוף יהיה ע"ז וכתב בלא שום מעשה אחרת, ע"כ סוברים דבמה דהוה עוקר דבר מגידולו הרי נעשה בו התחדשות שבעת הכתיבה היה בו חיות ועכשיו אין בו, ונמצא שעצם הגט נשתנה מכמו שהיה בתחלה בעת הכתיבה, ולכן שייך ע"ז דרשא הנ"ל של וכתב ונתן שכפי מה שנתן לבסוף לא היה ראוי בעת הכתיבה בלי מעשה, משא"כ בתלוש שנקצץ מקצתו ממנו, בעצמות הגט הניתן לא נעשה בו שינוי והרי הוא כמו שהיה בעת הכתיבה רק שמחובר לו נקצץ. ולפ"ז מיושב קושית ר"י בתוס' שהקשה על שיטת הסוברים דבתלוש לא נחשב מחוסר קציצה, מהא דאיתא בסוטה דעפר עפרה של עיר הנדחת אין טעון שריפה משום דבעינן שאין מחוסר אלא קבילה ושריפה יצא זה שמחוסר תלישה קבילה ושריפה, אלמא חשבינן מחוסר תלישה גם שאין עוקר דבר מגידולו, ולמש"כ אין כאן קושיא דהתם ודאי דחשיב מחוסר תלישה כיון שאי אפשר לעשות הקבילה ושריפה בלעדי התלישה, והוא כמו דהוה סלקא דעתין לפסול מחובר, גם שבקרן של פרה ס"ד דאפשר למקציה ולותביה, משום דמחובר א"א להיות נתינת הגט בלעדי הקציצה, אבל מאי דמחדשינן למסקנא דאמרינן שגם במה שראוי לנתינה בלא קציצה ואפ"ה נחשב מחוסר קציצה אם נקצץ לבסוף, בזה אמרינן שהוא דוקא במה שנעשה בעצם הדבר השתנות ומקרא דוכתב ונתן דרשינן שהכתיבה יהיה על הדבר הניתן בלי השתנות:

ושיטת הפוסקים הסוברים שגם בתלוש ממש הוי מחוסר קציצה כשנקצץ אחר כתיבת הגט קודם הנתינה, היינו טעמא משום דסברי דזה חשוב ג"כ שינוי בגט שמעיקרא היה נייר גדול ועכשיו הוא נייר קטן וחשיב דבר אחר מכמו שהיה בעת הכתיבה, ונמצא שהיה אז מחוסר מעשה שיהיה כמו שנעשה אח"כ בעת הנתינה, וזהו דעת המחמירים גם בתלוש. ובזה נבאר דקדוקן של ראשונים שדקדקו מהא דבעי הגמ' בין שיטה לשיטה כו' שהגט שנקצץ מקצתו לא הוה מחוסר קציצה, והוא כיון שכל הטעם שפסול נקצץ אח"כ בתלוש הוא מה שנכתב אינו מה שניתן והוא מחוסר מעשה שיהיה כמו שניתן, וע"כ נראה שאם אנו אומרים שיור בגט מקום גליון לעצמו כשר לא היה אפשר לומר בזה כשיקצץ שיהיה פסול, שכשאנו מכשירין כששייר בגט גיליון לעצמו הטעם הוא מפני שאנו אומרים שהגט ניתן לה בלעדי הגליון המשוייר, וא"כ היאך נוכל לומר כשיקצץ יהא פסול מפני שכפי מה שניתן לה לבסוף היה אפשר ליתנו בשעת כתיבה בלתי מעשה הקציצה, הא אפשר לתן לה זה הגט ממש כפי שניתן לה ממש גם בלא מעשה הקציצה היינו שישייר לעצמו, אלא שמוכרח לומר בענין זה באחד משני אופנים, או שנאמר שהגט אשר נמצא בו שיור נייר לעצמו בעת נתינה חשבינן ליה כמו שקצצו בעת מעשה לפי שאין ניתן לה, ובעת הכתיבה לא היה חלוק הגט מן המותר המשוייר, או אפשר שיש לומר לפי שנשאר שיור גדול בגט להבעל זהו פסול בגט לפי שעיקר שם הגט הוא על של הבעל, ולכן בנקצץ ג"כ פסול משום שכן הוא באמת שכמו שניתן לה לבסוף לא היה אפשר להנתן לה כן להתגרש בו בלתי מעשה הקציצה, ולכן פסול הכתיבה מפני שהוא מחוסר מעשה בעת הכתיבה, ולכן שפיר מבואר הראיה שהביאו הראשונים מהא דבעי הגמ' לאכשורי בין שיטה לשיטה כו' דנחתך מקצתו בין כתיבה לנתינה אין לפסול משום מחוסר קציצה דאי ס"ד דפסול א"כ ע"כ צריך דנשתייר ג"כ פסול וכמו שכ' באופן השני שכל שאם נשתייר כשר ליכא למימר בו פסול של מחוסר קציצה גם כשנחתך, ולאופן הא' שכתבתי מוכח ג"כ שזה לא מיקרי מחוסר קציצה דהא גם בשיור כיון שבעת הנתינה נתברר קציצתו ובעת הכתיבה חשוב נכתב על כולו יש לפוסלו מדרשא דוכתב ונתן וכמו שכתבתי:

ח) **והנה** לפי מה שבארנו ענין הפסול ממחוסר קציצה בתלוש, אין מקום לחלק בין היכא שבעת מעשה הכתיבה היה דעתו לקצוץ או לא בין כך ובין כך אינו כפי מה שנתן לה אח"כ בלתי מעשה, אמנם הר"ן הביא בשם רבינו האי גאון לחלק בין היכא שהיה דעתו בעת הכתיבה לקצוץ ממנו או לא, ולפי מה שדקדקנו בעזה"י בענין דרשת הקרא דוכתב ונתן, לכאורה אין כאן מקום לחלק בזה. והנראה לענ"ד לומר בשיטת הגאון ז"ל שהוא סובר דבאמת עיקר הדרש דוכתב ונתן בפסול דאורייתא הוא דוקא בגט שנכתב במחובר לקרקע שא"א להנתן בלעדי התלישה, ולכך הוה סבר הגמ' לפי הס"ד דקרן של פרה אפשר למקציה ולותביה לה מפני שאפשר להנתן הגט גם בלא קציצה, רק הגמ' קמשני אמר קרא כו' היינו דאסמכינן אקרא דוכתב ונתן שהוא הלימוד של פסול מחובר גמור שא"א להנתן בלא קציצה, שה"ה שכל שנעשה בו מעשה קציצה אחר הכתיבה פסול דרבנן הוא ומשום לתא דמחובר גזרו בו, וע"כ סובר הגאון שלא גזרו רק דומיא דמחובר שהוא דבר שבעת הכתיבה דעתו לקצוץ, וכן בדבר ששיורו חשוב אגב הכל ושמו עליו בפ"ע כמו קרן של פרה שכתב הר"ן שפסול גם שהיה בדעתו בעת הכתיבה שלא לקצוץ ואפ"ה פסול כשקצצו לבסוף קודם הנתינה משום כיון ששיורו חשוב וניכר דומה יותר לקציצה מן המחובר ולהכי גזרינן ביה, וזהו הנראה לענ"ד בשיטת הגאון ז"ל, ואם שהב"ש כתב (בסי' קכ"ד ס"ק י') שלמאן דסבר מחוסר תלישה בתלוש פסול, הוא מה"ת והביא ראיה מדגזרינן שמא יקטום אליבא דרבא, לענ"ד אין זה הכרח די"ל שפסול שקרוב לשל תורה בגט, חשוב לחז"ל כעין של תורה וגזרינן ביה, ובאמת ראיתי לשון הר"ן ז"ל שהביא שיטת האחרים הסוברים שלא אמרינן מחוסר קציצה רק במחובר לקרקע או בבע"ח משום דעוקר דבר מגידולו, ומסיים שם החילוק בין תלוש למחובר משום דתלוש אפשר להנתן גם בלא קציצה אבל במחובר א"א להנתן אלא בקציצה ובע"ח דמי למחובר עכ"ל, הרי מוכרח לומר לפי דבריו שזה הפסול גם בבע"ח וכדומה שאפשר בהו להיות נתינה הוא רק דרבנן שהרי בפסול מחובר גופא שהוא באמת עוקר דבר מגידולו כתב הר"ן בטעם הפסול משום שא"א ליתנו אלא בקציצה, משמע מדבריו שאם היה באפשר להנתן גם בלא קציצה לא היה נפסל, ובבע"ח כתב משום דדמי למחובר ושם אין הטעם משום שא"א להנתן, וע"כ צריך לומר משום שדמי למחובר פסלוהו מדרבנן, ורק משום דדמי למחובר החמירו בפסולו כמו בשל תורה ובפרט בא"א החמורה וע"כ גזרינן גם בו שמא יקטום. — וראיתי בספר גט פשוט (סי' קכ"ד ס"ק י"ג) שכתב על מש"כ המחבר „אבל לא יחתוך יד העבד וקרן הפרה ויתן לה" וכתב ע"ז הג"פ ואם עשה כן אינו גט מה"ת משום דכתיב וכתב ונתן כו' ומשמע מדבריו שזה ברור לדעתו שבכה"ג הוה גט בטל מה"ת לכו"ע, ונפלאתי איך לא דקדק בלשון דברי הר"ן הנ"ל אשר מוכח כוונת דבריו שלדעת הסוברים שדוקא בפסול מחובר ובע"ח פסלינן מחוסר קציצה, מ"מ בבע"ח לדבריהם הוא רק מדרבנן וכמו שנתבאר:

ט) **ועתה** נשוב לענין מה שכתבתי להסתפק במה דאמרינן בנשתייר בגט דבר של הבעל שאם יקצץ יהיה פסול משום מחוסר קציצה, שהדין הוא שפסול גם שלא נקצץ אם זה יהיה גם בנשתייר של אחר או לא, והנה יש לחקור בחלוקן

בחלוקן של הטעמים שכתבתי בענין מחוסר קלילה בתלוש (לעיל אות ז'), לאופן הא' שכתבתי שם שטעם הפסול הוא משום שבעת הנתינה כיון שנשתייר נתברר קלילה אבל בעת הכתיבה נחשב כלא נקלץ, יש לומר כן גם בענין אם נשתייר של אחר בגט בעת הנתינה שמה שאם היה נחתך פסול גם בשלא נחתך נמי פסול משום שבעת הנתינה כיון שנתברר שזה שנשתייר לא ניתן לה ונחשב כנחתך וכמוש"כ, אבל בעת הכתיבה שהיה אז באפשרות שהבעל יקנה כל הנייר ויתן לה, ע"כ נחשב זה מחוסר קלילה מפני שכתיבה ונתינה אינם שוים בנייר אחד. אמנם לטעם השני שכתבתי שם שעיקר הטעם הוא משום ששיור גדול בגט פסול בעצמותו, ומחמת זה נגלר פסול דמחוסר קלילה משום שלפי מה שניתן ההכרת לקוללו, לפי זה יש לדון הרבה בזה אם שייר בגט של אחר שנשתייר שיור גדול אם יש לפסול בזה, ויסוד הספק הוא אם השיור דבר חשוב פוסל משום שאין זה כריתות, א"כ יהיה בשיור של אחר כשר, אמנם אם נאמר שטעם הפסול שאין זה נחשב נתינה של הגט כיון שעיקרו ורובו לא ניתן לה וא"כ גם בשל אחר יהיה הדין כן:

וראיתי להריטב"א בחידושיו שכתב אהא דאמרינן וכתב ונתן מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה כו' וז"ל, ומהכא נפקא לן לאיסור יד של עבד וקרן של פרה וכיולא בו חשוב מחוסר קלילה כיון שמה שנשתייר אללו הוא העיקר שיש לו חיות, וכיון שמה שנשתייר אללו הוא העיקר שנשאר בחיותו ומש"ה חשוב מחוסר קלילה כו', ואח"כ כתב באמלע דבריו שם וז"ל, וכיון שכן אמרינן שאין מחוסר קלילה אלא בדבר שמה שנשאר הוא עיקר שנשאר בחיותו אבל בדבר אחר לא כגון אם מתה הפרה או העבד כשר, אע"פ שלא נותן לה כל הפרה או העבד משום דהא לא חשיב מחוסר קלילה כיון שמה שנשאר אינו עיקר והרי הוא כשיור בטבלא או בנייר כו' עכ"ל, יעו"ש היטב בדבריו הארוכים שם, והרי רואין אנו שיטת פירושו של הריטב"א ז"ל שלכך פסול שיור בגט מפני שזה נחשב מחוסר קלילה כיון שלריך מעשה לחתוך וע"כ נפסל נתינת גט כזה, וגם את הנתינה פוסל השיור משום שלריך מעשה להפרידו ונחשב הנתינה בעלמותה מחוסר מעשה לגמרה. — ולפירושו של הריטב"א מסתבר לנכון לשון הגמ' אלא קרן של פרה לקליה ולותביה לה, וכבר נתקשו שם המפרשים כיון שלפי הס"ד לא דרשינן לקרא דמחוסר קלילה למה בעינן שיקללנו (עיין במש"כ באות ב'), ולדברי הריטב"א אתי שפיר שזה ידע הגמ' שבעת הנתינה בעינן נתינה גמורה שלא יהיה מחוסר מעשה אבתרה וכיון שלהנתינה מחוסר מעשה ההפרדה לא נחשבת נתינה גמורה אלא שזה ס"ד הגמ' שהכתיבה אין נחשבת מחוסר מעשה לפי שאפשר שינתן הגט כמו שהוא, ומסיק הגמ' שמ"מ כל שנקלץ לבסוף כיון שלפי רלונו לשייר לעלמו א"א להנתן להגט בלתי הקלילה נחשב מחוסר קלילה, ולפי שיטה זו מוכרחים אנו לומר להנך דסברי שגם בתלוש נחשב מחוסר קלילה, וא"כ לדידהו לריך לומר שהשיור בגט היכא שנשתייר בגט חלק גדול זה נחשב מחוסר קלילה על הנתינה גופא להפריד חלק הבעל מחלקה וכל זמן שלא נפרד לא נחשב נתינה, יע"כ גם שנקלץ קודם הנתינה פסול מפני שהכתיבה היה מחוסר קלילה לכפי מה שניתן בסוף והוא כעין אופן הב' שכתבתי לעיל:

ומעתה נראה לענ"ד שמחוור הדבר שזה הפסול דוקא בנשתייר בגט של הבעל דבר חשוב ולריכים אנו לעשות הפרדה שלא יהיה קישור בין של האשה לשל הבעל וכל שיש להבעל דבר חשוב, מחשבינן להגט קשור בדבר שלו, אבל בנשתייר של אחר גם שנשתייר חלק גדול לא איכפת לן שעלמות הנתינה אין מעכב מה שדבוק לדבר שנותן לה עוד דבר גדול של אחר בתלוש, וראיה לזה מהא דאמרינן ב"מ (דף ז' ע"א) גבי קנין סודר שבקרא כתיב ונתן לרעהו ואפ"ה

היות

אמרינן שם בגמ' שסודרא כיון דתפיס שלש על שלש אמרינן כמאן דפסיק דמי ומקרי נתינה לגבי דבר שנתן וכש"כ אם יתפוס כל הסודר בידו על דעת לקנות בו שלש על שלש וחשבינן זה נתינה, אלא ודאי הא דבגט אין נחשב נתינה הוא מפני שאגידא בדבר של הבעל ואין זה כריתות, וכי היכי דמחלק שם הגמ' בב"מ גבי גט בידה ומשיחה בידו. אך יש להסתפק אולי הנך דסברי שפסול מחוסר קלילה גם בתלוש לא ס"ל כהריטב"א בטעם שיור שזה נחשב מחוסר קלילה בעת הנתינה, לכן גם בנחתך פסול, רק יהיו סוברים כאופן הא' שכתבתי (באות ז') שנחשב השיור כנחתך והכתיבה נחשבת על כולו וע"כ אין זה מיקרי וכתב ונתן באופן אחד וא"כ יש לפסול גם בנשתייר של אחר וכמוש"כ לעיל, אמנם מחוור יותר לומר כטעם הב' שכתבתי שהוא כעין דברי הריטב"א למה נחלק ביניהם. — אמנם אם נאמר שלדעת הסוברים לפסול מחוסר קלילה גם בתלוש שיהיה זה רק מדרבנן וכמש"כ בשיטת רבינו האי גאון ובדברי הר"ן ז"ל, ומשום לתא של גזירה אטו מחובר ממש נגעו בה, וא"כ יש לומר דהא דפסלינן שיור בגט משום מחוסר קלילה, הוא מפני שלא יהיה גורם שיור של הגט של הבעל לכשרותו וכמש"כ מקודם (באות ג') וגם זה יהיה פסול דרבנן, ומעתה יש להסתפק בשיור של אחר אם פוסל או לא וכמש"כ לעיל:

י) **ונראה** לענ"ד להוכיח שגם לדעת הפוסקים ששיור בתלוש פוסל הגט, מ"מ בנשתייר של אחר שאינו של הבעל אין פוסל הגט ולכל הפחות שאין כאן פסול תורה, והוא ממה דאיתא בגמ' (גיטין כ' ע"א) גבי ההוא גברא דעל לבי כנישתא ושקל ס"ת ויהיב לדביתהו ואמר לה הא גיטך דשקיל וטרי הגמ' למאי ניחוש לה אי משום כריתות דאית בה הא בעינן לה לשמה וכ"ת דילמא אקדים ויהיב זוזא לספרא כו' הא בעינן שמו ושמה ורב יוסף מאי קמ"ל שאין מי מילין ע"ג מי מילין ע"כ. והנה ניחזי אנן היכא מיירי בעובדא דהאי ס"ת דשקל בבי כנישתא אם היתה של הבעל, ומפשטא דלישנא דגמ' משמע שהס"ת היתה של הכנסת, שהרי סתמא נקט בגמ' על לבי כנישתא ושקל ס"ת, ועוד דליכא למימר דמיירי שכלהס"ת בשלימותה היתה שלו א"כ למה להגמ' לומר דילמא אקדים ויהיב זוזא לספרא, הא ברשותו ללוות להסופר לכתוב להכריתות לשם גירושין דיליה כיון שהס"ת שלו היתה מסתמא כתבה ע"י ששכר סופר לכתוב הס"ת, והכי הוה להגמ' למימר דלמא אקדים ואמר לספרא מעיקרא, אלא ודאי משמע שהדבר כפשוטו שהס"ת היתה שייך להבית הכנסת, ואפ"ה חיישינן דילמא אקדים ויהיב זוזא לספרא לכתוב הכריתות לגירושין דיליה, ולא פסלינן רק משום דאין כאן שמו ושמה, ואע"ג דבכה"ג לא קנה ע"י הזוזא רק מקום של הגט הוא הכריתות הנאמר בס"ת ולא כל הס"ת, ולא פסלינן מטעם מחוסר קלילה, דליכא למימר שהחשש דילמא אקדים ושילם עבור כל הס"ת הו"ל זוזי שהרי זה ודאי שבזוז אחד לא סגי עבור כל הס"ת, ולכן מדקאמר זוזא משמע דזה לא הוה רק עבור מקום הכריתות, ואין לומר דבאמת הגמ' הוה מצי לדחויי מטעם זה של מחוסר קלילה רק דעדיפא מקשינן, משום שאין כאן שמו ושמה שזהו פסול מבורר יותר, דמ"מ קשה למה להגמ' למימר בלשון זוזא שיהיה מקום להקשות מפסול מחוסר קלילה מטעם השיור הו"ל להגמ' למימר דילמא אקדים ויהיב זוזי עבור כל הס"ת באופן שלא יקשה משום מחוסר קלילה, ומיהו איכא לדחויי דהגמ' לא מצי למימר דילמא אקדים ויהיב זוזי עבור כל הס"ת כי זה אין לנו לחוש כלל לעשות ספק מזה, מפני שזה סותר החזקה שהס"ת הוא בחזקת בהכ"נ שהוא של רבים, הגע בעלמך אם אחד נכנס לבית חברו ויקח דבר שמקפידים ע"ז ויקדש בו אשה הכי חוש להקדושין משום שמא קנה דבר זה מהבע"ב והוא שלו, ודאי דמסתברא הוא שאין לחוש

על

על ספק כזה שהוא נגד מה שמוחזק לפנינו שהוא ממון של אחר ואינו שלו, וא"כ כאן שהס"ת היא בבית הכנסת בחזקת של בית הכנסת הוא שהוא דבר של אותה העיר כדאיתא (נדרים פ' השותפים מ"ו ב', ודף מ"ח א') ולכן אין לנו לחוש גם לענין ריח הגט שמא כל הס"ת שלו היא, רק חיישינן שמא יהיב זוזא לספרא על מקום הכריתות הנכתב בתורה לבד שאין זה סותר החזקה לגמרי שהרי גם הוא מבני העיר ויש לו חלק בהס"ת, הגם שעד עתה החזקה הוא שאין לשום אחד בזה חלק מבורר דהא מידי דבי כנישתא הוא דבר שאין בו דין חלוקה כדאיתא (בנדרים מ"ו ב') והכא חיישינן שמא ע"י זוזא דיהיב לספרא בירר לו חלקו בהס"ת, מ"מ נאמר שזה אין נחשב מנגד להחזקה לכן בעינן למיחש לזה, וא"כ שפיר י"ל דהגמ' מצי למפרך מטעם מחוסר קציצה לפי שמותר ס"ת אין שלו רק דעדיפא פריך הגמ' כי היכי שלפי הס"ד פריך הגמ' אי משום כריתות דאית ביה, דהגמ' מצי למפרך הא הס"ת אין שלו ונמצא דהגט אינו של הבעל רק דעדיפא פריך הגמ'. אך מ"מ נשאר ההוכחה ממסקנא דגמ' דמסקינן דרב יוסף קמ"ל שאין מי מילין ע"ג מי מילין, וא"כ מוכח דלולא זה היינו חוששים באמת לגט זה, ואמאי כיון שהס"ת אין שלו הגם שיש לו חלק בהס"ת ואפשר לומר שמבורר שזה של מקום הגט הוא שלו, מ"מ המותר של כל הס"ת מחוסר קציצה הוא דהא שיור גדול הרבה יותר ממקום הגט ואפ"ה חיישינן ליה שמא הוא גט כשר, וא"כ הרי מוכח דשיור בגט של אחר שאינו של הבעל אין פוסל להגט:

יא) **ולכאורה** יש לדחות ראיה זו כיון שהרשב"א והריטב"א ביארו בחידושיהם דהא דאמר הגמ' למאי ניחוש הוא לענין לפוסלה מכהונה להחמיר, דלדינא גם אם יש מי מילין ע"ג מי מילין ואפילו אי בדקינן ופליט אמרינן השתא הוא דפליט, וכדאיתא שם בגמ', וא"כ מעתה יש לומר דאין הכי נמי דשיור גדול בגט פוסל גם שנשתייר של אחר שאינו של הבעל, אך מ"מ חיישינן מדרבנן לפסול מכהונה וכמ"ד לקמן בפ' כל הגט כולן פוסלין מכהונה גם הראשון גם שהגט בטל מה"ת, וכמו שהביא הריטב"א בחידושיו בשם התוס' אהא דקאמר הגמ' אי משום כריתות דאית ביה, וז"ל והא דאסיק הכא דאפילו ריח הגט אין בו אתיא אפילו למ"ד בהא דכל הגט אפי' ראשון פוסל כו', ומ"מ שאני התם דאיכא גט גמור בלישניה וכדיניה כו', אבל הכא שאינו כעין גט כלל כו"ע מודו כו' דליכא אפילו ריח הגט כו' יעוש"ה, וא"כ יש לומר דחיישינן למי מילין לענין ריח הגט אף שיש כאן שיור בקלף גדול או שכל הקלף אין שלו. — אך מ"מ נראה לענ"ד דאכתי מוכח דכל כה"ג ליכא פסול תורה דאם איתא דכה"ג שנשתייר שיור גדול בתלוש פסול מה"ת גם שנשתייר של אחר, אפילו היה מי מילין ע"ג מי מילין, לא היינו חוששין לגט זה כלל גם לענין ריח הגט, דהא איתא בגמ' דכל הענין דמי מילין הוא רק חיישינן, ולולא זה אפילו אי בדקינן ופליט השתא הוא דפליט, וכיון שכל החשש הוא רק ספק וא"כ במקום שגם אם היה נכתב כהלכתו בכתב הניכר לכל היה הפסול לכהונה רק מדרבנן, למה לנו לחוש בחשש דרבנן להצריכו בדיקה במקום שגם אחר הבדיקה יהיה רק חשש ספק דרבנן במקום חזקת היתר, ולא היה לנו לחוש כלל, וא"כ מוכח מכאן שגט שיש בו שיור של אחר לכל הפחות הוא גט כשר מה"ת:

איברא דאכתי לא פלטינן מן קושיא גם אם נאמר ששיור בגט שאינו של הבעל רק של אחר אין פוסל מה"ת או אפילו גם מדרבנן אין פוסל, מ"מ מסתברא אם הגט גופו יהיה של אחר שאינו של הבעל שמה"ת הוא פסול דבעינן ונתן וזה לא מיקרי נתינה כלל, וא"כ הכא בס"ת שהיא של אותה העיר ואין בה דין חלוקה וא"א לו לכופם לחלוק וא"כ כל מקום שנכתב עליו הגט הוא ג"כ דבר שאינו של הבעל רק של שותפות לכל בני העיר וא"כ אין נותן לה גט כלל כיון שגם מקום הגט אין שלו, ונהי דאמרינן בגזל נייר וכתב עליו גט דהוא כשר משום שיש כאן שינוי מעשה ושינוי השם דמעיקרא נייר והשתא נקרא גט, אבל בגט הנכתב על הס"ת ודאי שלא יהיה בו לא שינוי מעשה ולא שינוי השם ע"י כתיבת הגט, דאטו אם יהיה נכתב מעבר השני על הס"ת לא יהיה עליו שם ספר תורה, וא"כ מה לנו לחוש למי מילין ע"ג ס"ת זה. — ואפשר ליישב שגם לפי המסקנא דחיישינן למי מילין היה ג"כ החשש ע"י שנצרך לחוש שמא אקדים זוזא לספרא עבור חתיכת קלף אחד שיהיה שלו לגמרי לכתוב עליו אח"כ הגט במי מילין, וא"כ אפשר לדחות הראיה שכתבתי לענין שיור בגט של אחר, די"ל דהגמ' דקאמר דילמא אקדים ויהיב זוזא לספרא הוא עבור יריעה שלמה, ואין לתמוה שיהיה בזול יריעה שלמה כתובה עבור זוז אחד וכמו שדקדקתי מלשון זוזא דהא ה"נ קאמר הגמ' (ב"ב דף קנ"ה ע"ב) מגילת אסתר בזוזא וגם שם יריעה שלימה, וא"כ מעתה יש לומר דאימתי נפסל שיור בגט מטעם מחוסר קציצה דוקא במחובר לו בתולדתו אבל לא בנתחבר לו ע"י תפירה, דהא בגט בידה ומשיחה בידו שאם אין יכול לנתקו ולהביאו אצלו מגורשת ולא איכפת לן מה שמקושר הגט בדבר שלו, הגם שמכאן אין הוכחה דמשיחה שהוא דבר מועט לגבי הגט בשיור כזה לא חיישינן גם אם היה מגוף הנייר, וכמבואר בדברי הראשונים שהובא לעיל, מ"מ מצד הסברא נכון לחלק בדבר מחוסר קציצה בין מחובר בתולדה למחובר ע"י תפירה אפילו כאן שחיברו על דעת שיהיה כן בתמידות, ויש להביא סעד לזה החילוק מדברי הירושלמי שהובא לעיל בדברינו (אות ה') שמסתפק הירושלמי בתלוש ולבסוף חברו אם כמחובר דמי, וניחזי אנן למאן דפוסל גם מחוסר קציצה בתלוש היאך יפרשו הירושלמי דמאי נ"מ אם כמחובר דמי אם כתלוש, כיון שגם בתלוש יש בזה משום מחוסר קציצה, אלא ע"כ צריך לחלק בין היכא שהחיבור היה לו בתולדה ובין היכא שהיה נפרד ונתחבר אח"כ שזה לא מיקרי חיבור לענין זה שיהיה נחשב מחוסר קציצה. — אמנם נראה לענ"ד שלמסקנא דחיישינן מטעם מי מילין אין לנו לחוש לצורך החשש שמא הקדים זוזא לקנות את חתיכת הקלף היינו כל היריעה שהגט נכתב עליו, שהחזקה שהוא מוחזק לנו קודם שכל קלף של הס"ת של שותפות הוא ולא שלו הוא מכחיש לזה החשש שנאמר שזו היריעה היא מיוחדת לשלו לגמרי וכמש"כ לעיל, הגם שיש לומר דהאי גברא המגרש היה מבני הכנסת ואולי נטלה חלקו כמו כל היריעה, מ"מ כיון שאין בה דין חלוקה ועומדת להיות משותפת לכל בני בית הכנסת בתמידות זהו ג"כ נגד החזקה שנחוש שמא יש בהס"ת יריעה אחת שלו לגמרי, וע"כ נראה לומר דלמאי דחיישינן למי מילין החשש הוא שמא כתב על גליון הס"ת במי מילין ונאמר שזה חשוב שינוי מעשה ושינוי השם שמעיקרא היה גליון קלף והשתא גט:

הן אמת שיסוד זה שכתבתי שכיון שמוחזק לנו שכל קלף הס"ת משותפות העיר ע"כ אין לנו לחוש לומר שמא שלו הוא, אין מוכרח, כי יש לומר אולי היה דרכן בעת כתיבת הס"ת לבית הכנסת שכל אחד ואחד נותן יריעות עור משלו על קלף הס"ת כאשר כן מצוי גם בזה"ז, הגם שמסתמא דמלתא גם באופן זה ודאי שנעשה הס"ת של שותפות לציבור, מ"מ אפשר לומר בענין כזה שיש לחוש שמא לא מסר המנדב יפה לציבור רק דעתו היה שיהיה שלו ורק נותנו בטובו לכל בני בהכ"נ תמיד לענין מצוה זו שיהיה לקריאה בציבור, וכמו שמצינו ביומא (ל"ה ע"ב) חיישינן שמא לא ימסרנו יפה (ועיין תוס' שם) ואין זה מנגד לחזקה שהס"ת מוחזקת מיוחד לבהכ"נ מ"מ כיון שהחששא של מי מילין הוא רק לפוסלה לכהונה, ולפה"נ הוא רק מדרבנן כי מדאורייתא אפילו אם בדקו ופליט

ופליט השתא הוא דפליט, וכל החשש הוא שמא בעת הנתינה עדיין לא נבלעו, מ"מ מסורת הדין נראה כיון שאח"כ כשהיה למראה עינינו קודם הבדיקה במיא דנרא היה נייר חלק צריכין אנו למיזל בתר חזקה דהשתא לומר הרי נבלע לפניך ואוקי בחזקת שלא נתגרשה, כמו דאמרינן גבי מקוה וכדומה דאזלינן בתר חזקה דהשתא מטעס תרתי לריעותא, ואפילו מאן דמשוי לה ספיקא כדאיתא בקידושין (דף ע"ט ע"א) מ"מ כיון שזה דבר שדרכו לבלוע לא חשיב חזקה דמעיקרא שהיה ניכר בעת שכתבו חזקה מעליא, והוה כבוגרת ביומא דמשלם שית אזלינן בתר חזקה דהשתא לפי שאותו היום עשוי להשתנות, וכמש"כ התוס' שם ע"ב ד"ה מי איכא למימר והתם אזלינן בתר חזקה דהשתא אפי' נגד חזקת פנויה לעשות קידושי ודאי, וכש"כ הכא דמסייע לה חזקת היתר דמעיקרא וצריכין אנו לילך בתר חזקה דהשתא שנראה לפנינו חלק, וא"כ כיון שגם בגט כשר מדאורייתא החשש בזה הוא רק לחומרא מדרבנן, כש"כ כשאם הכתיבה היתה טובה כשרה וניכרת יש עדיין ספק שמא אינו גט מה"ת, מלד שמא הקלף אינו של הבעל ודאי שלא היה לנו לחוש מספק שמא היה זה הקלף מקום שנכתב עליו הגט, שלו כל הירועה, ופשטא דמלתא המחוור שהחשש הוא מלד כתיבת הגט לבד אולי כתב על הגליון ונקנה לו בשינוי ורמש"כ, וגם שיש מותר קלף שאין שלו אין פוסל זה בגט ולכל הפחות הוא כשר מה"ת (ואחרי העירותי כל זה ראיתי בספר גט פשוט (סי' קכ"ד ס"ק כ') שבנה להוכיח מעובדא זו דהוה נגרא דעל לבי כנשתא שאנ"ל בפירוש שנותן לה כל הספר בעת הנתינה. עיי"ה בדבריו ולמש"כ דהיירי שהס"ת אין שלו נסתר כל דבריו ודו"ק) :

יב) **עוד** נראה לענ"ד להביא ראיה שיור בגט מה שאינו של הבעל רק של אחר אין פוסל בגט גם בדבר שאם היה נתון היה פסול הגט, מהא דאיתא (בגיטין פ"ו ע"ב) במתניתין דחמשה שכתבו כלל בהגט, איש פלוני מגרש פלונית וכו' והעדים מלמטה כולן כשרים, וינתן לכל אחת ואחת, ואמרינן שם בגמ' (דף פ"ו ב') שלר' יוחנן מיירי בזמן אחד לכולם רק שיה כתוב אח"כ איש פלוני מגרש פלונית כו' קתני בתנא במתניתין דכשירים כולם, והרי הנייר הזה מסתמא היה קנוי לכל אחד ואחד מהם המקום שלו בהגט והדבר הכלול לכולם כמו הזמן והעדים שייך זה לכל החמשה ואפ"ה כשר, והרי אנו רואין שזה סגי להגט שעיקר הגט היינו שנכתב שם איש פלוני מגרש פלונית יהיה של הבעל ויתן זה להאשה לגמרי, ושאר הדברים הבאים להכשיר עיקר הגט כמו הזמן והעדים, שהמה רק גורמים להכשיר את עיקר הגט הנכתב סגי בזכות שיש להבעל שם לענין זה גם שיש בזה שותפות להשני, ולא מיפסיל לא משום מחוסר קלילה, ולא משום שיור, ולא משום שנים ושלשה ספרים, שיש כאן הפסק של אחר בין עיקר הגט של אחת מהם הנכתב מקודם ובין העדים דלמטה שמפסיקים בגירושין השניים, ואפ"ה כשר ולא נחשב כשנים ושלשה ספרים, משום שדוקא בשיור של הבעל מוכרחים אנו לדון כחתוך וכדכתיבנא לעיל דבעינן שלא יהא הוא הגורם בכשרות הגט, אבל בשל אחר לא קפדינן בהא, וכמש"כ לעיל :

אמנם מצאתי בס' תורת גיטין להגאון מהר"י מליסא ז"ל (סי' ק"ל ס"ק ח') שעמד בזה ותירץ שדין זה של חמשה שכתבו וכו' מיירי שכולן נותנין הכל לאחד כל הנייר של הגט במתנה ע"מ להחזיר עד שיגרש את אשתו, ואח"כ נותנת האשה להשני שיגרש בו וכן כולם, ולענ"ד דבר זה דחוק מאד, חדא שאם זה מוכרח לכשרות הגט ובלתי זה הוא פסול היאך לא היה נזכר זה בגמ' או בהפוסקים הראשונים ובשו"ע לעיקר זה, ומדכתבו סתמא משמע שלא בזה האופן ג"כ כשר, וביותר ל"ע לענ"ד שאם יהיה הדין כדברי התו"ג שאין הגט כשר עד שיותן כל הגט בשלימות להאשה בלי שום שיור לאחר, היאך פסק הרמב"ם והובא בשו"ע (סי' ק"ל סעי"ט) בחמשה שכתבו שלכולן צריכים עדי מסירה ואותה שהגט יוצא מתחת ידה מגורשת גם בלא עדי מסירה, היאך תהיה בחזקת מגורשת האשה שהגט יוצא מת"י בלא עדי מסירה, נהי שזה מוכח ממה שהגט הוא בידה שבעלה מסרה לידה, מ"מ מאן מוכח שכל החמשה נתנו חלקם בהנייר לבעלה קודם גירושיה, ואי משום חזקה משום שהוא ת"י ובא לידה מבעלה, הא שותפים אין להם חזקה בדבר ידוע שהוא של שותפות כדאי' בתוס' ריש ב"ב ובב"מ ריש פרק הבית והעליה וכן מבואר בכמה דוכתי. — מיהו אפשר ליישב ולומר שכיון שכל החמשה נשתתפו בתוך גט זה לגרש את נשותיהם וזה ידוע להם שא"א לגרש בלתי שינתן כל הגט לכל אחת ואחת ולכן דמי כאלו התנו ואמרו בפירוש בעת השיתוף שלכל אחד ואחד יתן כל הגט לו במתנה ע"מ להחזיר להשני וכן השני להשלישי וכן לכולם, וכמש"כ התוס' בסוכה (מ"א ע"ב) ד"ה אלא לענין אתרוג של הקהל, וכן כתב הרא"ש והובא לדינא בשו"ע או"ח (סי' תרנ"ח סעי' ע') שסתמא הוי כאלו התנו, ולכן כל שנמצא הגט ביד אשה אחת הוי בחזקת גט כשר דמסתמא של בעלה הי' ע"מ להחזיר להשני כשירצה לגרש אשתו. — ובאמת לפ"ז היה אפשר לומר שזהו כוונת לשון המשנה ויותן לכל אחת ואחת אשר הוא לשון מיותר, מי לא ידע שבלא נתינה לא תתגרש, ועיין בבאה"ע (סי' ק"ל בט"ז ס"ק י') שעמד ע"ז ופירושו דחוק כאשר יראה המעיין, ולפמש"כ יש לומר שזהו כוונת המשנה שינתן לכל אחת כל הגט בלי שום שיור בו, אך מ"מ זה דחוק שאם זהו כוונת מה שמשמיענו המשנה היה צריך לומר התנא במתניתין ויותן כל הגט לכל אחת ואחת, שהרי עצמית הנתינה מלתא דפשיטא הוא שצריך לתן הגט להמתגרשת, רק כל הרבותא הוא שלא ישייר בעת הנתינה לכל אחת ואחת, וזה אין מבואר בלשון הנאמר במשנה :

ולענ"ד נראה לומר בכונת המשנה בנאמר שם וינתן לכל אחת ואחת שמשמיענו שצריך נתינה פרטית לכל אחת ואחת ולא סגי בקבלת אשה אחת עבור כולם שתהיה עבורה שליח לקבלה או שליח קבלה אחד יקבל עבור כולם, משום שאין שתי נשים מתגרשות בנתינה אחת אע"פ שמתי נשים מתקדשות בקבלה אחת בכסף קידושין, כדאיתא בקידושין (נ' ע"ב) ותמיד מקשינן גיטין לקידושין מקרא דויצאה והיתה אפ"ה בזה שאני גירושין מקידושין, לפי שבכסף קידושין המעות נפרדות הן וחלק של אחד אין צריך לשל חברו אבל כאן בנייר אחד כל זמן שלא נתחלק א"א לגרש שניהם בגט אחד. ואם נאמר שזה משמיענו המשנה א"כ לפ"ז יהיה מוכח שאין צריך שינתן כל הגט לאחת בלי שום שיור, שאם נאמר שצריך לתן לכל אחת בלי שיור, ומה שאין מבואר זה במשנה משום דמלתא דפשיטא הוא שצריך להנתן הגט בלי שום שיור וכלל בזה הזמן והעדים וגם ביני וביני מה שיוכל לחלוק הגט לכמה ספרים, וא"כ איך היינו טועים בזה שיהיה אפשר לאחת לקבל בעד כולם בקבלה אחת הא לכל אחת אין ניתן לה כל הגט בלי שיור, אלא ודאי שזה שמבואר במשנה שצריך נתינה לכל אחת ואחת אין צריך שינתן לה כל הגט בלי שום שיור, רק זכות גירושין שלה שבנייר הזה זה תקנה בהגט, וכיון שלא נשאר בגט שיור לבעלה מתגרשת, ועפ"כ היינו סבורין לומר שגם חברתה מתגרשת בבת אחת בקבלתה הגט גם עבור חברתה, קמ"ל דלא, רק שצריך נתינה לכל אחת ואחת. — ולבד זה מסתבר לענ"ד שא"א לפרש כאן שההכרח לכשרותו של הגירושין שינתן כל הגט לאחת בלי שיור, דהא לר"מ בעינן מוכח מתוכו, ומברייתא המובא שם בגמ' מוכח שגם ר"מ מודה שאם היה כתוב כלל שכולם מתגרשות, וכאן כיון שבגט זה נכתבים כולם, ובחזקת כולם הוא, אין העדי חתימה מוכיחים שהיה של בעלה כל הגט בשלימות והוא נתנו לאשתו כמו שהוא בכל הגיטין ולדעת התוס' (דף כ"ד ע"ב)

שכל שאין מוכח מתוכו פסול לר"מ. אמנם אפשר לחלק ולומר שפסול שאין מוכח מתוכו אליבא דר"מ אינו רק בעיקר הדבר אם הבעל כתבו ואם ניתן לה, אבל כל שזה נתברר מתוך כתב זה שהבעל כתבו וניתן לידה לא חיישינן תו לפסול אחר, כי היכי דלא מצרכינן להוכיח מתוך הגט אם נכתב ונחתם לשמה ונכתב בתלוש ושארי דברים, וה"נ הא חששא שמא יש כאן שיור בגט של אחר הוא פסול אחר ולא חיישינן לה מה שאין כשרותו מוכיח מתוכו, ומ"מ מסתבר לענ"ד כמש"כ שאין צורך שיהיה הגט ניתן לכל אחת ואחת בשלימות בלי שיור של השני מדלא הוזכר זאת בסוגיין:

י"ג) **עוד** נראה לענ"ד קצת הוכחה מהמשנה שם (דף פ"ז ע"א) שני גיטין שכתבו זה בצד זה ועדים עברים כו' ועדים יונים כו' את שהעדים נקראים עמו כשר, ופשטא דמתניתין ודאי אתיא גם אליבא דר"א דאמר עדי מסירה כרתי, שזה דוחק לומר שסתמא דמתניתין יהיה דוקא אליבא דר"מ דלית הלכתא כותיה, ועוד דהרישא דייקינן לימא תנן סתמא דלא כר"א מדוע לא מדייקינן בגמ' על משנה זו מכלל דאתיא שפיר גם אליבא דר"א. והנה לד' הסוברים שגם לר"א כשר בעדי חתימה לבד אפשר לאוקמי מתניתין אם רוצים לגרשה בעדי חתימה האלו בלבד ולגט השני נצרך עדי מסירה, אמנם קצת דחוק לשון כשר שמשמע שגט השני פסול, אך לדעת הסוברים שלר"א בעינן עדי מסירה דוקא ולא סגי בעדי חתימה לבד, ועדי חתימה לא מהני רק לראיה שניתן בעדי מסירה כד"ת, צ"ע לשון המשנה לשון כשר דאיתמר במתניתין שמשמע שדוקא הוא כשר ולא השני הא בעדי מסירה גם השני כשר, והמתיור לומר דמיירי בגט הבא ממקום אחר לכאן ששם עדי החתימה מוכרח להיות עדות לראיה על שליחות הגט שהגט שהוא בידו חתום בעדי חתימה זהו מברר שהבעל מסרו בידו לגרש בו את אשתו, משא"כ בלעדי עדי חתימה אין ראיה שמא לא כתבו ולא מסרו לידו ואין כאן עדות שהבעל מסרו ביד השליח, ומעתה כיון שהוא מיירי שהגט בא ממקום אחר היאך נוכל לסמוך על גט כזה הבא ממקום אחר הא מעיקרא נכתב לשותפות שהרי גם למגרש השני חלק בו, ואח"כ כשלא חתמו רק על גט אחד ולא חתמו גם על גט השני אין לנו הוכחה ובירור שהשני נתן את חלקו להראשון, שהרי אלל השני הגט פסול ולעולם לא יבא לידי אשת השני. — ואין לומר כיון שגיטו של השני נפסל מסתמא נאמר שמחל חלקו להראשון שכיון שהוא בידו של השני מחזקינן שכלו הוא כולו, מ"מ עדיין קשה כי היכי דפסלינן מספיקא דילמא כולהו אחד הוא דחתימי, כן יש לנו לחוש להיפך דילמא אתרווייהו חתימי ושניהם דעתם לגרש נשותיהם, וא"כ מעיקרא נותן מתנה ע"מ להחזיר לאשת השני, וכיון שאנו פוסקים הדין שלא יתן לאשת השני וא"כ תתבטל המתנה למפרע וממילא יהיה כאן שיור בגט זה, וזה דוחק לומר דמיירי דוקא ששיורו של הגט השני הוא פחות מן גט הראשון עד שלא אפשר לפוסלו משום שיור בגט זה. ע"כ מסתבר לומר מכאן כמש"כ שאין אנו חוששים כלל לשיור של אחר בגט, וכל שלהבעל יש זכות בכללית הנייר ובה נכתב לגרש בו אשתו ואותו הזכות נותן לאשתו ומוסר לה בלי שיור לעצמו כשר הגט, רק בנשתייר של הבעל אהא קפדינן, ולא מיבעיא אם נשתייר של אחר מה שאפשר להפרידו כי ההוא דשני גיטין שאנו דנין שכמאן דפסיק דמי, ומחוסר קלילה לא נחשב בזה כיון דאשיורא לא קפדינן וכמבואר בדברינו לעיל, אלא גם במקום שחתימת העדים על נייר של שותפות הוא ובאופן זה מעכב כשרותו של הגט שהרי אם יחולק ממילא לא יוכשר הגט, מ"מ נראה דלא קפדינן על מה שיש להשני ג"כ זכות בזה, וכל שיש לו זכות על שעת הגירושין כשר הגט וכאשר נבאר בסמוך עוד בזה בס"ד:

יד) **והנה** בהא דאיתא בגמ' גיטין (כ' ע"ב) הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת, כתב הריטב"א בחידושיו לגיטין וזה לשונו „שהרי שייר בגופו של גט ואפילו במקום האותיות ואין זה כריתות, ועוד שהוא כאלו האותיות פורחות באויר" עכ"ל הריטב"א, ושני הטעמים אין עולים בקנה אחד, שלטעם הראשון הוא רק דוקא אם נשתייר של הבעל, לפי שנצרך כריתות ממנו אבל בשל אחר לא איכפת לן, ולטעם השני גם אם הנייר של אחר לא יהיה גט מפני שלא ניתן לה גט רק אותיות פורחות באויר. והנראה לענ"ד בכוונת דבריו שבעת הנתינה ודאי שצריך שיתן לה גט, ואם כל כשרות גיטה אין ניתן לה אינה מגורשת, וכיון שאין ניתן לה הנייר רק אותיות פורחות ממילא אין כאן גט כשר שניתן לה, רק שם מסוגיא מוכח מפירש"י דבעינן שיתן לה מתנה ע"מ להחזיר ששמה מתנה חלוטה רק תנאי תלוי בה, אבל אם תהיה רק מתנה לשעתה שלא בתורת תנאי, רק שלא ניתן רק לאותה שעה ואח"כ ממילא הוא של הנותן שלא נחשב זה מתנה גמורה לא מהני, וזה מוכח מלשון הגמ' שדוקא בעל מנת שתחזירי לי את הנייר מגורשת אבל אם לא התנה בתורת תנאי בעל מנת רק שנתן לה לשעתה אינה מגורשת, וע"ז כאן בברייתא שמשייר לעצמו יש כאן טעם כריתות, ולכן מצרכינן דוקא מתנה ע"מ להחזיר. ועוד כתב הריטב"א טעם אחר פירוש שכמו שמדובר ברישא והנייר שלי שלא נתן לה גם לשעת נתינת הגט, באופן זה יש טעם עוד שאין כאן נתינה כלל וגם בשל אחר אינה מגורשת, אבל היכא שנתן לה כל הגט לשעת הקבלה רק שהשאיר שיור שלאחר קבלתה לגירושין יוחזר לו ולא בתורת תנאי רק בתורת שיור, בזה סובר הריטב"א שנתינה מיקרי רק פסול משום שאין זה כריתות, ונראה להביא ראיה לזה מהא דחזינן דהגמ' ב"מ (דף ז' ע"א) מדמי נתינת הגט לנתינה דקנין סודר שגם שם כתוב ונתן לרעהו רק מטעם כריתות מחלקינן שם. והנה איתא בנדרים (מ"ח ע"ב) דסבר רב נחמן דסודרא קני ע"מ להקנות הוא ואי תפים לא מיתפים ועיין ר"נ שם דהכי הלכתא כרב נחמן, וזה מוכח ג"כ דלרב נחמן לא אמרינן שהסודר קנוי להמקנה במתנה על מנת להחזיר דהא לא הוה פליג רב אשי דלא שמה מתנה, דהא קיי"ל בכל מילי דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, ובאשה היתה ג"כ מקודשת רק משום גזירה אינה מקודשת, וע"כ צריך לומר שבסודרא דסתמא יהיה ליה להמקנה וידעינן דעתו שלא נתן לו רק ע"מ להקנות בו, ממילא אחר הקנין מחויב להחזיר והוה רק מתנה לשעתו והפ"ה נתקיים בזה הכתוב של ונתן לרעהו, וה"נ בנתינת הגט כן הוא שנתינה לשעה נקרא נתינה רק כיון שיש להבעל זכות בהנייר גם בהותה העת שלאחר שעה יוחזר לו שלא בתורת תנאי לא הוה כריתות, והרמב"ם (בפ"ח מהל' גירושין הל' י"ד) כתב בטעמא דהרי זה גיטך והנייר שלי שאינה מגורשת משום שאין זה כריתות, נראה שהוא מפרש שסתמא דמלתא כונתו שהנייר יהיה שלו אח"כ ולע"ע תתגרש בו וע"כ הוצרך לטעמא שאין זה כריתות וכמש"כ. — ולפי כל האמור נמלא שמה שבעינן שיהיה ניתן לה הגט נתינה חלוטה ולא נתינה לזמן הוא כדי שלא ישאר בגט זכות של הבעל שזה אין כריתות, אבל אם היה נשתייר של אחר ולעת של מעשה הגירושין הוא נתון לה שפיר מיקרי זה נתינה והוה גט:

טו) **אמנם** יש לחקור בענין זה כיון דבעינן שהגט יהיה משל הבעל קודם הנתינה שהוא נותן לה, אי בעינן שיהיה שלו לגמרי היינו דבר קנוי וחלוט לו לעולם, או דסגי גם אם הוא רק שלו לענין עת הגירושין, ומקודם אחקור בענין קנין סודר שהקונה נותן להמקנה הסודר וסגי אם הוא רק קני ע"מ להקנות לא נתינה חלוטה, היאך הוא לענין שצריך שיהיה בו זכות הקונה הנותן הסודר להמקנה, אם בעינן שיהיה קנוי לו לחלוטין, או שסגי רק אם יש לו להקונה בהסודר רק זכות קנין ומני בו הייט לעת שנותנו להמקנה לקנות בו, ויש לדון בזה מצד הסברא דבאמת מי כתוב

כתוב בפסוק שיהיה הסודר של הנותן, רק הוא מלד שכתוב ונתן ואין אדם יכול ליתן דבר שאין שלו, וכיון דזה ידעינן שקני ע"מ להקנות ג"כ סגי וא"כ רואין אנו שאין לריך נתינה חלוטה ממילא סגי רק אם יש לו בזה הזכות שיוכל לקיים בו „ונתן" היינו שיהיה לו הזכות הזה. ולכאורה אפשר לומר כיון דכתוב בו קרא „שלף איש נעלו" בעינן שיהיה שלו, מיהו יש לומר כיון שמלינו גבי חלילה כתוב נעלו ומרבינן שם שנעלו לאו דוקא ה"נ הכא גבי קנין סודר שבא בדברי קבלה נעלו, הוא ג"כ דומיא שנאמר בתורה נעלו, ולא בעינן שיהיה דוקא נעלו, רק משום דבעינן ונתן ממילא נאמר שגם שאין לו בו רק זכות זה שיהיה בידו יכולת לעשות בו הנתינה של ונתן סגי. ונראה לענ"ד לדקדק מהא שמלינו מחלוקת הראשונים בענין הא שמהני קנין סודר שאחרים נותנים להמקנה עבור הקונה מאיזה גדר הוא, אם שמה שהעדים נותנים סודר שלהם עבור הקונה שבנתינתם להמקנה קונה בזה הקונה את הסודר וחשוב כמו שהקונה נותן סודר שלו, או שמחשבינן הסודר של העדים והמה נותנים להמקנה ומה שהקונה קונה הדבר הוא מדין עבד כנעני כמו דאמרינן גבי קידושין הילך מנה והתקדשי לפלוני שאין אנו באים לומר שנחשב כאלו המקדש קנה גוף המעות, ושיטת הרמ"ך והרמב"ן הובא בשיטה מקובלת (מס' ב"מ פ' הזהב) שהוא מטעם שנחשב ע"י נתינת האחר ליד המקנה עבור הקונה, שהקונה קונה בזה הסודר הניתן להמקנה, וכבר דבר בזה הגאון הספרדי בספר דברי אמת (קונטרס ז' בענין קנינין סי' א'), וא"כ לפי שיטה זו רואין אנו שמחשיבים את הנתינה ליד המקנה עבור הקונה ושהמקנה מקבל מאת העדים בזה קונה עבור הקונה וגם מקנה בזה הדבר להקונה, וא"כ לפ"ז מוכרח הדבר שאין נריך שיהיה הקנין סודר של הקונה קנין חלוטין רק סגי שיהיה בו קנין זכות על מה שניתן להמקנה, היינו קנין לזמן, דניחזי אנן כיון שכל קנין של הקונה בהסודר שנותן אחר עבורו הוא רק במה שלקח המקנה לידו הסודר מיד העדים לתועלתו שיקנה בזה דבר הנקנה לו וא"כ אין לו להקונה בו יותר ממה שהמקנה קנה בו, וכיון שהמקנה קנה בו רק ע"מ להקנות, ממילא גם הקונה לא קנה בו יותר, וא"כ לפי שיטה זו יש לנו ראיה מבוררת שאין נריך שיהיה להקונה בהסודר קנין חלוטין, ורק קנין לזמן נמי מועיל, אמנם אם נאמר שענין קנין סודר שאחרים נותנים הוא מדין עבד כנעני, ואין אנו באים ע"ז שהקונה זוכה בהחפץ ע"י לקיחת המקנה, יש לומר שאה"נ שבעינן שיהיה קנין להקונה בהסודר קנין גמור לחלוטין, וכאן שהאחרים נותנים סגי במה שלאותן האחרים יש בזה קנין גמור והקונה שזוכה מדין עבד כנעני הוא, אין ראיה מזה. — ולפ"ז יש לומר שלענין זה מה שלריך שיהיה של הבעל קודם נתינת הגט הוא מלד דכתוב ונתן, וכן נראה מדברי רש"י גיטין (כ' ע"ב) בהא דבעי הגמ' היו מוחזקין בטבלא שהוא שלה וגט כתוב עליה ויולא מת"י מי אמרינן כו' או דלמא אשה לא ידעה לאקנויי, ופירש"י שאין בלבה לתת לו מתנה גמורה ולא גירשה אלא בשלה ואנן בעינן ונתן, הרי רואין אנו ד' רש"י שהטעם שבעינן שיהיה של הבעל קודם הנתינה כדי שיהיה ונתן, וכן איתא גם בהגהת מיימונית בפ"ד מהל' גירושין בשם ס' התרומה, דכתב הרולה לכתוב גט לאשתו נריך שיהיה הקלף והדיו משל הבעל דהא וכתב ונתן כתיב, משמע שעיקר הראיה שבעינן שלו הוא מלד דבעינן ונתן [ואין לומר בכונת סה"ת משום וכתב ושתם כותב שלו דא"כ גם הקולמוס נריך להיות של הבעל כמו סתם כותב אלא ודאי מוכח שהכונה דבעינן שמה שכתב יהיה ונתן ואם זה אינו שלו היאך מתקיים בו ונתן]. וכיון שהוכחנו בהא דק"ס שנאמר בו ונתן שא"צ להיות נתינה לקנין לנמיתות רק נתינה לזמן מועיל, ה"ה גבי גט אשה שרק משום כריתות יש בו חסרון אם ישאר בזה זכות הבעל, אך הוכחה זו תהיה דוקא אם נאמר שגבי קנין סודר אין נריך שיהיה לנותן

הסודר קנין חלוטין רק כדי שיוכל לקיים הנתינה, אבל אם נאמר דשם ג"כ בעינן שיהיה לנותן הסודר קנין חלוטין בהסודר אין ראיה בזה. ואם נאמר כמו שהוכחנו מד' הרמ"ך והרמב"ן שבאים על האחרים הנותנים הסודר עבור שקונה קנה הקונה בזה, ולפ"ז מוכח שסגי שיהיה להקונה בהסודר קנין זמני, שיוכל לקנות בו היינו שיתן אותו להמקנה לקנות ע"מ להקנות, ולא לתפסו לחלוטין כדעת רב נחמן שהר"ן פסק כותיה, וה"נ בגט נאמר, רק שענין הגט נשתנה בזה שיהי' כריתות היינו שלא ישאר של הבעל בהגט, מעתה אתי שפיר הא דתמשה שכתבו כלל בתוך הגט כו' שבעדים חתומים על הגירושין של כל התמשה ואפי' לר"מ שחתימת עדים מעיקר הגט הוא, מ"מ כיון שהם משותפים שיהיה לכולם זכות לגרש בו כל או"א את אשתו מיקרי זה שלו לענין שנחשב הנתינה לאשתו על שעת הגירושין להתגרש בו, ושפיר מיקרי זה ונתן [עיין לקמן סוף התשובה מה שכתבתי עוד בזה] וכן בנשתתפו בכל אחד חלק בהנייר מקום מיוחד שכתוב שם גיטו כמו ההיא דכתבו שני גיטין זה בלד זה שהנתינה היא על מקום חלקו כמו שהוכחנו מקודם שגם זה מיקרי נתינה שאנו דנין לחלק זה הניתן לה ונמלא בידה, מן המותר שבגט הזה שהוא כמאן דפסיק דמי וכמו שמלינו גבי סודרא כן כדאיתא ב"מ (ז' ע"א) והכא שהשיור של אחר הוא ואין כאן חשש כריתות, ממילא שפיר מיקרי נתינה וכשר הגט:

זאת תורת העולה מכל האמור שנראין הדברים שכל שנשתייר בגט של אחר שאינו של הבעל אין קפידא בגט, לדונו משום השיור שיש בו, ולא משום מחוסר קלילה, ורק בנשתייר של הבעל חלק גדול זה פסול משום מחוסר קלילה להנך דפסלי מחוסר קלילה בתלוש, ובזה יש לומר או מטעם שהשיור גורם הפסול שאין זה כריתות או משום כיון שאלו היה נקלץ עתה היה פסול משום מחוסר קלילה א"כ הוא הגורם בכשרות הגט דבר של הבעל ומטעם זה אין זה כריתות וכמו שבארנו למעלה בע"ה, וא"כ בגזל נייר וכתב עליו גט כשר בכל גוונא אפי' נשאר הרבה נייר חלק לבד מקום כתיבות הגט כיון שהשיור אינו של הבעל, ואתי שפיר שבשו"ע סתים לה להאי דינא דגזל נייר וכתב עליו גט דמגורשת ומשמע שבכל גוונא הוא כשר וכמש"כ:

ויש להעיר בהא דאיתא (גיטין כ' ע"א) דבעי הגמ' למפסל גיטא שהיא משלמת שכר הכתיבה, ולכאורה קשיא כיון דבעינן שיכתבנו הסופר בשליחות הבעל והוא מלוה להסופר לכתוב ושלוחו של אדם כמותו למה נקרא זה דאיהי כתבה לו אם היא משלמת שכר הסופר, ולא מיבעיא להסוברים דבעינן שליחות בכתיבה, ודאי דקשה כיון שזוא שלוחו וכותב בשליחות ולמה יקרא זה איהי כתבה ליה, ואפילו להנך דסברי שאין דין שליחות בכתיבת הגט, רק משום לשמה בעינן שיכתבנו בליווי הבעל, הלא מ"מ נכתב בליווי הבעל, ולכאורה היה נראה לומר בטעם החשש דאיהי כתבה משום דרחמנא אמרה וכתב וסתם הכותב בעלמו או בשלוחו שהוא כמותו ולמ"ד דאין נריך שליחות מ"מ בעינן שיהיה נכתב בפקודתו, וכל כה"ג הכותב על דבר שלו הוא כותב והכתיבה משלו וכל שהיא משלמת עבור הכתיבה הרי יש לה קנין וזכות במה שנכתב ואין זה שלו, וכיון שמטעם זה הוא, יש לומר לכאורה דבעינן שיהיה הנייר שכתוב עליו הגט קנוי לו לחלוטין כדרך סתמא דמלתא שאדם עושה על דבר שלו הוא עושה. — אמנם כאשר הראנו מדברי רש"י ומדברי סה"ת עיקר הטעם הוא משום ונתן ולכך בעינן שיהיה נייר שלו וא"כ נריך עיון למה חיישינן היכא שהיא משלמת שכר הסופר, והנראה לענ"ד לומר משום דבעינן ונתן, וכשהיא משלמת שכר הסופר נחשב כאלו הסופר כתב והקנה לה כתיבתו שדעתו של אדם להקנות לבעל המעות, וחשוב יש לה חלק בכתיבת הגט ואותו הכתיבה אין הבעל מקנה לה

שאחרי

שהרי הוא מקודש שלה ואין כאן ונתן , ולכן חיישינן במה שיש לה חלק בהכתיבה , ובזו הסברא יתכן ג"כ מה שלכאורה יש להעיר דהא זהו דין ידוע שכל שאחד נותן מעות לאחר שעבור זה יקנה לפלוני מועיל מדין עבד כנעני וא"כ למה חיישינן באומרת לסופר שיכתוב ותשלם היא עבור זה כיון שכותב בשליחות הבעל , ובפרט למ"ד דבעינן שליחות בכתיבה וא"כ הוה כמשלמת מעות להסופר שיכתוב להבעל , רק באמת יש לומר שכי היכי שכתבו התוס' בהא דהיו מוחזקין בטבלא שהוא שלה בד"ה אשה לא ידעה לאקנויי , פירוש בדבר שהוא מחזיר לה, עכ"ד , וה"נ במשלמת שכר הסופר , וכתב הגט הרי יוחזר לה בעת הנתינה ובשביל זה היא נותנת השכר כדי שתשיג הגט , אמרינן שחיישינן שמא אינה מתכוונת בנתינה לסופר עבורו רק עבורה שיבא הגט לידה ודו"ק :

הוספת דברים לסימן זה .

הנה הדברים שכתבתי (באות ו', ז', ח'), סובבים לשיטת רש"י שכתב במשנה דאין כותבין במחובר לקרקע מטעם מחוסר קצירה מקרא דוכתב ונתן , וכן יראה שיטת התוס' שם בד"ה ילא , וכן נראה לענ"ד דעת הרמב"ם מדחשיב כל עיקרי הדברים הנצרכים בגט ואחד מהם שלא יהא מחוסר מעשה אחר כתיבתו , וזה לא חשיב שיהיה הגט בתלוש , מכלל דכל הפסול של מחובר הוא רק משום מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה , אבל לתנו במחובר א"א כמש"כ לעיל באות ו' , וכן יראה שיטת בעל העיטור (במאמר ז' חלק א) שפסול מחובר הוא רק משום מחוסר קצירה לפי שא"א שיתן לה , וזה מוכח מדבריו שכתב שם ולענין תלוש ולבסוף חברו לא מיבעיא לן כי היכא דבעי גבי שחיטה , ומסתברא לן דכמחובר דמי דהא טעמא משום מחוסר קצירה הוא ע"כ דבריו יעוש"ה , הרי נראה שעיקר פסול הוא משום מחוסר מעשה הוא , אמנם הרשב"א בחידושיו כתב אמתניתין שאין כותבין במחובר לקרקע , משום דכשקוצץ מן הקרקע הו"ל מחוסר קצירה ואפילו אם נתן לה את הקרקע פסול משום דכתיב ספר , מה ספר מיוחד שהוא בתלוש אף כל דבר שהוא בתלוש , וה"ג לה בירושלמי , ואע"ג דבגמ' דילן אמרינן ספר לספירת דברים בעלמא הוא דאתי מ"מ מדאפקיה בלשון ספר קמ"ל דספירה בתלוש בעי , ולענ"ד דחוק הוא שיטת הרשב"א שכתב דגמ' דילן ג"כ סובר לדרשא דירושלמי מה ספר שהוא בתלוש, חדא דלשון הקושיא בגמ' משמע דפליג אדרשא דירושלמי מה ספר שהוא בתלוש , דאם סובר כהירו' מאי מקשה בגמ' גיטין (כ"א ע"ב) בתר דקאמר טעמא דריוה"ג מה ספר שאין בו רוח חיים „ורבנן" הו"ל לגמ' לשנויי דרבנן בעי להאי בספר למעוטי תלוש , ועוד שהגמ' קאמר אי כתיב בספר כדקאמרת , השתא דכתיב ספר לספירת דברים הוא דאתא , ולא למעוטי במה שהוא צריך להכתב :

והנה בספרי נאמר שם אין לי אלא ספר מנין לרבות עלי אגוז כו' א"כ מת"ל ספר לומר לך מה ספר שהוא דבר המתקיים אף כל שהוא דבר המתקיים , ר"י בן בתירא אומר מה ספר שהוא בתלוש אף כל שהוא בתלוש , וא"כ רואין אנו שהת"ק פליג אדרשא דריב"ב , ובאמת הגמ' סבר כת"ק דרבים המה נגד ריב"ב , ולכן דייק הגמ' ורבנן למה לא דרשי מהאי קרא דספר , וסובר הגמ' דלמחובר לא אצטריך קרא משום שא"א בנתינה וכמו שבארנו לעיל , וא"כ אם הוה דרשינן להאי בספר הוה לן למעט דבר שיש בו רוח חיים , וקאמר הגמ' משום דלא כתיב בספר רק ספר לספירת דברים הוא דאתא , מ"מ נלענ"ד לומר שת"ק דספרי דדריש שבעינן שיהיה דבר המתקיים , לפ"ז יתכן מאי דכתיב ספר ולא בספר שהמיעוט שיהיה הספירת דברים מתקיים הן מלבד הדבר שנכתב בו , ושיהיה הכתיבה מתקיים , ולכן לא אפשר למכתב בספר שהרי בא לרבות שהכתב יהיה מדבר המתקיים , ע"כ קאמר לשון ספר פירושו שהספירת דברים בדבר המתקיים וממילא ידעינן מזה שגם הנייר שנכתב עליו הגט יהיה מדבר המתקיים והכל נכלל בלשון ספר שהספירת דברים יהיה מתקיים ואם היה כתוב בספר לא היה הקפידא רק על הדבר הנכתב עליו השתא דכתיב בקרא ספר הוא כולל שניהם הן הכתב והן הנכתב עליו , וא"כ לפ"ז מה שלא אפשר להיות נכתב במחובר ולהנתן ג"כ במחובר בזה אתינן למש"כ לעיל בדברינו שא"א להיות מתגרשת בקרקע כיון דבעינן נתינה לידה או לחצרה , ולא מיבעיא אם קרקע אין נקנה ע"י הכנסת הקרקע בחצר ודאי שא"א להיות מתגרשת , ובאמת ממה שמצינו תוס' ב"ק (דף י"ב ע"א) ד"ה למה לי עומדין בתוכה דמוכח שם שגם אם עבדא כמקרקעי דמי נקנה בתורת חצר אין ראיה מזה שקרקע נקנה בתורת חצר , די"ל דשאני עבדים דאמרינן בקידושין (כ"ב ב') עבד כנעני נקנה במשיכה וזה לכו"ע גם למ"ד דעבדא כמקרקעי דמי , ועוד למ"ד משיכה קונה מה"ת ולענין דאורייתא כו"ע סברי דמקרקעי דמי , ואפ"ה נקנה במשיכה ולכן גם חצר קונה דהא חצר לא גרע ממשיכה , ואלו בזרעים שבעלין נקוב אין מועיל קנין משיכה :

וראיתי בספר אור שמח של ידידי הגאון ר' מאיר שמחה כהן נ"י הגאבד"ק דווינסק (בהל' גירושין פ"א הלכה ו') הביא שלשה ראיות שקרקע נקנה , בקנין חצר א) מדברי התוס' דפ"ק דב"ק, והנה כתבנו בזה שאין כאן ראיה. ב) מהא דב"ב , והנה מכבר כתבתי בזה להגאון הנ"ל , וכמבואר לעיל בדברינו באות ו' שהרבה הראשונים חולקים שם בפי' הגמ' על דברי התוס' ולדידהו אין כאן הוכחה . ג) הראיה השלישית שהביא מהא דב"ב , בהא דהכותב לבניו מהיום ולאחר מיתה לפי שיטת הסוברים שהמחילה מאב לבן הוא בשעת מיתה כפי מה שביאר הה"מ (בפ' י"ב מהל' זכיה ומתנה הלכה י"ג) , ובמה קנה הבן ע"כ מטעם חצר קנה , והיא ראיה עצומה לכאורה שחצר מועיל אף לקרקע . אמנם באמת נלענ"ד שאין מכאן ראיה , שבאמת נדקדק על לשון מחילה הנזכר בהרה"מ , דהא מחילה לא הונח על דבר שבעין הנמצא בחצר אחר כמבואר ברמ"א (סי' רמ"א סעיף ב') שאם אמר אדם לחברו על חפץ שיש לו בידי חברו מחול לך שאין מועיל זה והוא מתשובת הרא"ש (כלל נ' סי' י') והיאך כתב ושנה הה"מ לשון מחילה ע"ז והוא לשון הרי"ף לפיכך מוחל לו הפירות המחוברים בשעת מותו והיאך שייך ע"ז לשון מחילה שאין מועיל זה להקנות מה שיש לו ביד חברו . ע"כ נראה לענ"ד שענין קנין פירות במקום שנתן גוף הקרקע לאחר הוא ענין שיעבוד , לא מיבעיא למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי לכן נחשב זה רק לשיעבוד בעלמא , ואף למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי , מ"מ יש לומר שכיון שהפירות לא נגמרו עדיין הגם שיש לו קנין וזכות בהפירות מ"מ כיון שהדין הוא גם במקום שיש להלוקח פירות הוא זכות בהפירות מ"מ עצמות הפירות המחוברים שייכים המה לבעל הקרקע שהגוף שלו וברשותו נגמרו שהדין הוא שמין את המחוברים , ואותו השומא צריך שיחזיר בעל הקרקע ולוקח הפירות , ולא את גוף הפירות ולכן זה נחשב רק כשיעבוד ומהני מחילה , וא"כ אין ראיה מזה לענין קנין אם מועיל , ודו"ק . — אך בעצם הדין כבר כתבתי באות ו' לעיל שגם לשיטת התוס' ב"ב דף פ"ז שלדידהו מבואר להדיא שמהני חצר במחובר לקרקע , (לבד שיש לומר שמיירי בהגיע זמן הפסתן לתלוש) מ"מ יש לומר שגבי גיטין אין מועיל נתינה כזו שזה רק גדר קנין ולא נתינה , דנתינה בעי שיהיה מופרד מהמקום שניתן לשם דומיא דונתן בידה :

סימן

סימן יז

כ"ד ניסן תרמ"ה סוויר.

אשר כתבתי לרב אחד ע"ד ששלח ג"פ על פאלט לידי, ובההרשאה השניה בדבר מינוי השליח השני שנתמנה ע"י כת"ר וב"ד שנכתב שם, שהשליח הראשון עשה לשליח ע"פ ב"ד „את מאיר הקטן הדר בק"ק סוויר" ואני נבוך בזה אחרי שלא נזכר שם אביו של השליח, וטובא מאיר איכא הדרים בעיר סוויר ועל סימן הקטן קשה לסמוך ע"ז כאשר נבאר בע"ה, הגם שאני משער לאיזה מאיר היה מטרתו של המגרש אשר הגיד זאת לפני כת"ר שהשליח ראשון יעשהו לשליח שני, כי יש בפה איש אחד שמו מאיר והוא קצר בקומה ויש לו לד מתותנות עם המגרש והמגורשה שבפה, אמנם מ"מ לא ע"פ אומדנות נוכל לבנות יסוד להתיר אשת איש, רק ע"פ שטר מעשה ב"ד שנכתב שם ונחתם מאת ב"ד הלשון שאמר השליח ראשון בעת שהוא ממנה את השליח שני שבעיר סוויר, והנה גם אם היה זה דבר ברור בהחלט שאותו מאיר הקטן של השערתי כיון עליו שיהיה הוא השליח השני, הוא הקטן שבכל האנשים ששמם מאיר בעיר סוויר, מ"מ כיון שבאמת הרבה אנשים בשמם מאיר נמלאים כאן, ומהם יש שהמה קטנים מהגדולים מהם, וא"כ זה תלוי בפלוגתא דר' מאיר ור' יוסי (קידושין ס"ד ע"ב) קדשתי את בתי הקטנה שלדברי ר"מ כולם נכנסים בספק חוץ מהגדולה שבגדולות, הגם שבשו"ע אה"ע (סי' ל"ז סעיף י"ח) פסקינן כדעת ר' יוסי שכולן מותרות חוץ מן הקטנה שבקטנות כדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שפסקו כר' יוסי, דלא מחית איניש נפשיה לספיקא, מ"מ הרי הרא"מ בעל ספר יראים הובא דבריו (בהגהה מיימוניה בפ"ט מהלכות אישות) לפסוק כר' מאיר שכולן נכנסים בספק, לבד הגדולה שבגדולות, ולענ"ד גם דעת ר"ת המובא ברא"ש בפ' האיש מקדש (בסי' כ"ה) מוכח שפוסק ג"כ כר"מ, שכתב שם בשם ר"ת וז"ל, וגם נראה אם אמר לו בתך הגדולה ואין לו בנות רק מאשה אחת דליכא לספוקי מידי דבגדולה שבכולן קאמר, כדאמר לקמן בפרק האומר (ס"ד ב') אגולעית בשמה קרי לה ע"כ, ואם דעת ר"ת היה ג"כ לפסוק כר' יוסי למה הוצרך לומר ואין לו בנות רק מאשה אחת, דהא גם בשתי כתי בנות סובר ר' יוסי דכולן מותרות חוץ מגדולה שבגדולות או להיפך אם אמר קדשתי בתך הקטנה, אלא ודאי שר"ת חושש לדעת ר' מאיר, ואולי טעמו מדשקלי וטרי אביי ורבא ורב הונא בריה דר' יהושע אליבא דר' מאיר אם המחלוקת בכת אחת או בשני כתי בנות, משמע הלכתא כוותיה, וע"כ ודאי דראוי לחוש לכתחלה לדברי ר"מ כיון דר"ת והרא"מ סברי הכי. — ואין לומר דבנ"ד גם אליבא דר' מאיר יש להקל שלמאיר הקטן מכולן נתכוון דרמיא לכת אחת של בנות, שבזה קיי"ל שגם ר' מאיר מודה כדאמרינן שם בגמ' בפ' האומר וכמו שהבאנו דברי ר"ת, מ"מ עדיין יש לחוש לדברי הרא"מ שמובא בהגה"מ שמביא בארוכה דלא קיי"ל כוותיה דאביי בהא, רק אנו חוששים לכולן חוץ מהקטנה שבקטנות באומר קדשתי את בתך הגדולה או להיפך אם אמר קדשתי את בתך הקטנה וכדעת רב הונא בר"י דפליג אאביי והוא בתרא יעוש"ה היטב בהגה"מ, וגם לדעת הפוסקים שפסקו כר' יוסי דלא מחית נפשיה לספיקא, עדיין יש לדון לענין נ"ד ע"פ מה דאיתא בב"ח שעל הטור (סי' ל"ז) שעמד שם על מה שמביא הטור דברי הרא"ש בשם ר"ת הנ"ל באומר בתך הגדולה מקודשת לי, למה צריך שתהיה רק כת אחת הא אנן קיי"ל כר' יוסי דגם בשני כתי בנות כולן מותרות חוץ מהגדולה שבגדולות וכמו שפסק הרא"ש והטור בעצמו בסימן הנ"ל, ותירץ הב"ח וז"ל, דוקא היכא שאינו לשון המקדש בשעה שמקדש אותה, אלא שהאב אומר קידשתי את בתי, התם הוא דלא מחית נפשיה לספיקא כו', אבל כשמקדש את האשה בסתם שלא פירש את מי הוא מקדש, אלא אמר בתך הגדולה מקודשת לי, איכא לספוקי דלמא גדולה שבקטנות קאמר וקרי לה גדולה, וכיון דאיכא דזוטרא מינה קרי לה גדולה, וכיון דאיכא לאיסתפוקי, אמרינן בודאי תלי לה בדעת האב וכולן בספק עכ"ל הב"ח, וא"כ אנו רואין בחילוקו של הב"ח שדוקא באומר דבר על הנעשה מכבר, בזה אמרינן דלא מחית נפשיה לספיקא, משא"כ בדבר מעשה גופיה החלה ע"י אמירתו בלשון זה, כל מה שאנו יכולים להסתפק אנו מסופקים בו, וא"כ הכא בנידון שלנו שלשון עשיה לשליחות את השליח שבפה היה בלשון זה, הנני ממנה על פיכם ובפניכם את מאיר הקטן הדר בעיר סוויר, כל מה שאפשר להסתפק אנו מסתפקים בכוונת לשונו על מי שחל השליחות לפי שיטת הב"ח, גם למאן דסבר כר' יוסי:

ואף שבעצמותן של דברי הב"ח צ"ע לי טובא, דהא הגמ' מדמי הא דנדרים להא דקידושין, ולפי דברי הב"ח הא הגמ' מצי לחלק דשם גבי קידושין הוא על מעשה שנעשה מכבר, וגבי נדרים ע"י דבריו המסופקים בא עתה חלות הנדר, ובאמת לולא דברי הב"ח, המחוור הוא לענ"ד שהרא"ש שהביא בפ' האיש מקדש הביא רק לדברי ר"ת לפי שיטתו שסובר כדעת הרא"מ שפוסק כר' מאיר, ואמנם בפ' האומר פסק כשיטת הרי"ף דקיי"ל כר' יוסי (אך מ"מ לדינא מאן חשוב לפלוגי על הב"ח). ובאמת הקושיא אפשר ליישב והוא שזה יהיה תלוי בין מסקנת הגמ' והס"ד, דלפי הס"ד שבגמרא דפלוגתא דר"מ ור' יוסי בנדרים הוא ג"כ בענין אי מחית נפשיה לספיקא, על כן נאמר דלא מחלקינן בין אם אומר על מה שנעשה מכבר ובין אם עתה עושה הדבר ע"י הלשון מסופק, משא"כ לפי המסקנא שם בקידושין, דבנדרים בלישנא דעלמא פליגי ואין שייך להא שאם מחית איניש נפשיה לספיקא או לא, ולכן נוכל לומר שפיר לפי המסקנא לחלק בחילוקו של הב"ח, שהפלוגתא דר"מ ור' יוסי הוא רק אם אומר הודאה על העבר, אז לא מחית נפשיה לספק, אבל במקום שעושה עתה מעשה ע"י לשון המסופק, אז מספקינן בכל הספיקות שאפשר, כדעת הב"ח:

ובלא"ה נראה לענ"ד שאפשר לחלק ולומר שבנדון כזה באומר פלוני הקטן שבעיר זה, שכו"ע יודו בזה שיש לחוש לכל אשר יש להסתפק, אפי' מאן דפסיק התם כר' יוסי אפילו במקום שמתהוה עתה קידושין באמירתו, משום דהתם גבי בנותיו דקים להו בכולהו ולכן כאשר אמר גדולה או קטנה אמרינן דעל ודאי נחית היינו הגדולה שבכולן או הקטנה שבכולן, מה שאין כן באומר על איזה באנשי העיר, יש לומר דלא קים להו בכולהו והרי יכול להיות שאותו המדיר אין מעלה על דעתו לכולן בשוה, ויכול להיות שקורא לאחד גדול לפי שהוא גדול מן הקטן שממנו או קטן כה"ג, וקרי לאחד קטן לפי שקטן הוא מן הגדול שממנו וכולם בספק, שאין אנו יודעים לאיזה איש הוא אומר. וקצת ראיה נראה להביא לזה מהא דאיתא בגמ' כתובות (ס"ד ע"ב) בנכסי לטוביה ואתא רב טוביה, לטוביה אמר לרב טוביה לא אמר, ואי איניש דגיס ביה הא גיס ביה, והנה כוונת הגמ' ודאי גם בדאיכא במתא עוד איניש אחרינא ששמו טוביה ולא נקרא רב טוביה, וע"ז אמרינן לרב טוביה לא אמר ואמרינן כוונתו היה לאחר ששמו טוביה לבד, ובהא אמרינן אי איניש דגיס ביה הא גיס ביה וגם הוא נכנס בספק אמירתו, ולכן הוה הדין שכל המקדים לבוא זכה, כי כן הדין התם באומר נכסי לטוביה שגם בדאיכא במתא איניש אחרינא ג"כ ששמו טוביה הטוביה המקדים זכה כדאיתא בחו"מ (סי' רנ"ג סעיף כ"ט), ולכאו' צ"ע כיון דקיי"ל כר' יוסי דלא מחית איניש נפשיה לספיקא, וא"כ אותו ששמו טוביה לבד הוא טוביה הברור ואותו שנקרא רב טוביה הגם שהוא גיס ביה וקורהו ג"כ טוביה אינו טוביה

בבירור

בבירור, למה לא נאמר שודאי להטוביה הברור כיון, אלא ודאי שבדבר שכולל אנשים אחרים שאינם ב"ב בזה לא שייך לומר דלא נחית לספק, דאולי בעת אמירתו לא אסיק אדעתיה בטוביה האחר רק זה האיש עלה ברעיונו ולו כיון, וה"נ בנ"ד אין לנו בזה דין דלא מחית נפשיה לספיקא כי יש לחוש שמא לאחר כיון וכולן נכנסו בספק וכל שיש גדול הימנו יכולין לחוש שמא לו כיון וקוראו קטן לפי שהוא קטן מן האחר הגדול, וא"כ בענין הנוגע לאיסור אשת איש יש לזה דין ספק כי אם שלאחר חלה השליחות אם יגרשנה אחר זולתו הרי זה הגט בטל, ועיין בספר אבני מלואים (סי' ל"ז ס"ק י"א ובסי' מ"א ס"ק ב') מה שמביא שם בשם הריטב"א והתוס' רי"ד, ועיין בט"ז (בסי' ל"ז ס"ק י"א), ובכלל יש בענין כזה ספק גדול אם מהני בזה כוונת דבריו כל שלשונו הוא עושה ספק על כולן, אך זה ודאי במקום שאין העושה לפנינו יש להסתפק על כל הנכנסים בספק זה :

ובענין נ"ד יש ספק גדול, שאין דומה להא דר' יוסי בקידושין דאמר כולן מותרים חוץ מהקטנה שבקטנות דלא מחית נפשיה לספיקא, דהתם הקטנה הוא קטנה שבכולן בהחלט בלי ספק הן בקומה והן בשנים, משא"כ בנ"ד דמאיר הקטן שאנו מחשבים עליו אם שהוא קטן בקומה מ"מ בשנים איכא הרבה מאיר בעיר שהמה צעירים ממנו ומאן לימא לן דהאי קטן בקומה הוא דילמא קטן בשנים, דהא בגמ' (ב"ב ג' א') איתא פלוגתא, בגדול יהיה כבוד הבית האחרון, חד אמר בבנין, הוא בקומה, וחד אמר בשנים, ומנא ידעינן בלישנא דעשיית ומינוי השליח כוונת לשונו במה שאמר הקטן, אם המאיר שהוא קטן בקומה או המאיר שהוא קטן בשנים, היינו שהוא צעיר מכל האנשים ששמם מאיר בעיר הזאת, ומכל הלין טעמי נראה שא"א לסמוך על המינוי הבא בכתב ההרשאה שאין מבורר בה מי הוא השליח :

הוספה לסימן ט

אחרי כתבתי כל הנאמר׳ מצאתי שדבר בענין זה בספר שם אריה (בא׳ אה"ע סימן פ"ט) וכתב שמדברי רש"י ביבמות (צ"ב ב') מוכח שבמזיד אין צריכה גט מהשני ממש"כ רש"י שם דרב אשי לית ליה דרב המנונא, הרי יפרש רש"י להא דרב אשי דאמר אם היה יבמה ישראל נותן לה שני גט והותרה לו דמיירי בנשאת, וצריך לומר דמשום הכי מותרת לחזור ליבם ולא אמרינן תצא מזה ומזה משום דמיירי במזידה ובמזיד לא קנסינן ומחמת זה רוצה לומר שגם באשת איש במזידה יהיה לדעת רש"י כן שבמזיד לא קנסינן. ובאמת דבריו תמוהין לפי מה שכתבתי והבאתי דברי רש"י (בדף צ"ד א') ששם נאמר בפירוש שגם היכא שהיא מזידה יש עליה חומר כל הדברים, וא"כ א"א לפרש בדעת רש"י (צ"ב ב') שמטעם שהיא מזידה לכך היא מותרת לחזור ליבם אחרי שנשאת :

ובלא"ה נפלאתי על השם אריה איך יוכל לפרש בפירש"י שמשום שהיא מזידה היא מותרת ליבם הא רש"י כתב להדיא שם (צ"ב ב') בהא דרב אשי דאם היה יבמה כהן וזו נשאת לשוק בעד אחד או בשני עדים שאמרו לה מת בעלך ואח"כ מת בכך, וא"כ שם מפרש רש"י שבשוגגת מיירי והיאך נאמר חולץ לה יבם ושריא לבעלה, הא ראוי לומר בזה תצא מזה ומזה כו', אלא ברור שדעת רש"י שלפי לישנא קמא דפריך הגמ' אי קידושין אין בה נישואין נמי אין בה סבר הגמ' שבידה לא אמרו בה דין של תצא מזה ומזה וכו', והא דאיתא בגיטין (פ' ע"א) במשנה שם גבי יבמה לשוק שנשאת בטעות שסברה שהיא צרת ערוה, או שנפטרה ע"י כניסת צרתה שתצא מזה ומזה וכו' אזיל זה אליבא דר"ע דוקא, וכן הוא לקמן ביבמות בפירש"י (בדף צ"ד א') ד"ה אלא שביבמה הנשאת אפילו בטעות דוקא אליבא דר"ע הוא הדין דתצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה, ולכן שפיר קאמר רש"י (צ"ב ב') דרב אשי לית ליה דרב המנונא, שלא נאסרה מטעם זנות ע"י הנישואין, וכן מחמת מיחלפא באשה שהלך בעלה כו' ג"כ לא סבירא לן להאי לישנא, ולמסקנא ללישנא בתרא דאמרינן לעולם כדאמרינן מעיקרא קידושין אין בה נישואין יש בה משום דמיחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים, נאמר בהא, דרב אשי לא סבר לה כהאבע"א או שלמסקנא נפרש דמיירי לעיל רק בקידושין ולא בנישואין :

ועתה אשוב למש"כ השם אריה שם שמה שלהתוספות מספקא להו היכא שיבמה נשאת לשוק במזיד אם יש לה דין כל הדרכים הנאמרים באשה שהלך בעלה למדינת הים, והש"א מסתפק שגם באשת איש יהיה הספק להתוספות אם במזיד יש לה כל הדרכים כו', ולמש"כ בדברינו לחלק היכא שהנישואין היו כדין ע"י אמירתה שהיא היתה נאמנת אז מן הדין לומר כדבריה שמותרת להנשא, אז יש לה כל הי"ג דברים גם במזידה, אבל במקום שנשאת במזיד שאין לה שום נאמנות בזה לא תקינו רבנן, נוכל לומר בשיטת התוס' ג"כ שכל הספק של התוס' בנישואי מזיד הוא בכה"ג שלא היה לה נאמנות ע"פ דין שהרי היבמה אין נאמנת לומר מת יבמי להנשא לשוק, וטעם הדבר שמספקא להתוס' הוא מפני שחלין הנישואין לענין שצריכה גט מן הדין, וע"כ יש לחוש דמחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים :

ועפ"ז דרכינו יתישב קושית השער משפט שהביא השם אריה בתשו' הנ"ל מהא דאמר רב בקטנה שלא מיאנה והגדילה ועמדה ונשאת דרב אמר אין צריכה גט מהשני, ואם יהיה הדין כשיטת הרשב"א שגם בנשאת במזיד צריכה גט משני אמאי אליבא דרב אין צריכה גט משני, ולמש"כ לחלק שבמקום שנאמנת מצד אמירתה פנויה אני ומחמת זה נשאת, בזה צריכה גט גם במזיד ויש עליה כל הדרכים שנאמרו באשה שבאו ואמרו לה מת בעלה, או שהיא באת ואמרה מת בעלי, אבל במקום שאין נאמנת ונישואיה היה שלא כדת בזה לא תקינו רבנן ומוקמינן אדינא שאין צריכה גט משני, וכדאיתא בשו"ע אה"ע (סי' קנ"ג) שהובא בדברינו לעיל, א"כ אין קשה קושית השע"מ מהא דקטנה שלא מיאנה והגדילה ועמדה ונשאת ששם מיירי שנשאת באיסור ולא היה זה ע"י אמירתה פנויה אני, כי היה נודע אז בעת הנישואין שנתקדשה בקטנותה ולא מיאנה והגדילה עם בעלה הראשון, בזה מוקמינן אדינא, ואין כאן תקנת חז"ל שהצריכו גט לאשת איש הנשאה ע"י עד בטעות, וכפי מש"כ בתשובתי בזה, והדברים מאירין בע"ה :

חלק חושן משפט

סימן א

עובדא דאתא לקמן בשנת תרכ"ט לפ"ק:

ע"ד שהיה נהוג שם שהסוחרים הגדולים מחזיקי הזאוואדין היו מקדימים מעות להסוחרים הקטנים על תבואה שיקנו, וקולבים עמהם המקח לפי העת שיהיה מעט ריוח להסוחרים הקטנים שיקנו עבורם, והמה היו נוסעים בעיירות או אלל אדונים ומביאים התבואה לרשות הסוחרים הגדולים, ואירע פעם אחת שסוחר אחד הקדים מעות על דגן לסוחרים הקטנים והמה קנו בעיר אחת אלל יהודי איזה סך דגן וסילקו לו המעות לקבל באיזה משך ימים אח"כ וגם עשו עם יהודי הנ"ל לוסלאק כנהוג, ותוך משך זמן אירע אונס שנשרף הבית שהיה מונח שם הדגן וגם הדגן שקנו נשרף, ובאו לדין הסוחר עם הקונים מקבלי המעות הנ"ל, וטענת התובע היה כאשר שענין נתינה של המעות הוא רק שקונה מאתם הדגן שיקנו עבור סך כזה לכל משקל וע"ז הוא מקדים להם מעות, וע"כ אין לו שום דין עם אחר רק עמהם ולא עם מי שהם קונים מאתם, וכיון שנגדו לא היה קנין המועיל ע"פ ד"ת שהרי לא היה רק מעות וגם אז לא היה להם הדגן שמכרו ע"כ ההפסד שלהם הוא, וטענת מקבלי המעות הוא שהמה רק שלוחים של הסוחר, שנותן המעות להם לקנות עבורו הדגן באופן שיעלה לו המחיר של התבואה עם טרחתם על מקח שקלבו כאשר יביאו התבואה לרשותו, וכן עשו שקנו עבורו בקנין המועיל ע"פ ד"ת, ונתעלמו בדין בזה, על מי שייך ההפסד שאירע:

א) **והנה** לדון בענין זה אם הוא סוג קנין או סוג שליחות המוכחש בזה בין הבע"ד, קשה מאוד לעמוד על זה כי זה תלוי בדקדוק הלשון איך שהיה נדבר בעת נתינת המעות על קניית התבואה, והבע"ד בעלמם בלתי אפשר להם לדעת בבירור איך היה מדובר אז סיגנון הדברים בדיוק, כי הוא מלתא דלא רמי אדעתייהו כי לא העלו על דעתם אשר יארע אונס כזה בקנייתם, ובאמת יש כמה אופנים שיכול להיות שדברו כזה והוא חילוק בדין וכאשר נבאר. א) אם אמר להם אני נותן לכם מעות שתקנו עבורי דגן שיעלה לי בסך מקח זה, הלשון הזה הוא לשון של שליחות בודאי, הגם שנותן המעות טוען ע"ז שכן הנהוג הוא שלא יהיה להסוחר שום דו"ד רק עמהם ולא עם מי שהם קונים מאתו זה אין טענה, הגם שהנהוג שאם יארע איזה סיבה שאחד יקבל מאתם על תבואה ולא יתן להם אח"כ התבואה שהיא על אחריות שלהם, זהו מלד שאחריות הוא עליהם, הדא מפני שהם שומרי שכר ע"ז, ועוד מלד המנהג אללם כן, חשבינן כמו שהם קבלו האחריות ע"ז [ודמי זה כמו שאמרו בגיטין (ע"ג א') קבלו עלייהו כל אונסא דמתייליד ומ"מ אמרינן אונסא דלא שכיח שאני] וא"כ הכא בנ"ד באונס כזה שהוא לא שכיח ודאי שהוא שייך על אחריות המשלח שהתבואה הנקנה הוא שלו. ב) אם אמר להם אני נותן לכם מעות שתמכרו לי עבור זה הדגן שתקנו או שאמר להיפך שתמכרו לי דגן שתקנו ואני נותן לכם מעות ע"ז, זה פשוט שהוא סוג קנין ולא שליחות, וזה פשוט מלד הסברת כיון שאמר שהוא קונה מאתם הדגן, ומ"מ שלא יבוא מי לחלוק ע"ז להתעקש ולומר כיון שזה יודע בעת נתינת המעות שלע"ע אין לו התבואה ויקנה אח"כ עבורו מה שלריך לתן לנותן המעות הוא נחשב כשליחות, אך באמת ז"א. ונראה לענ"ד להביא ראיה מהא דאי' (בב"מ ע"ד ע"ב), ותיפוק ליה דשליח שוי' ומשני הגמ' בתגרא דזבין ומזבין, ופירש"י לא שליח נעשה אלא הוא פסק עם חתנו וחתנו פסק עם אחרים ומשתכר, א"נ [כן הוגה שם] לא פסק חמיו עמו וזה פסק כדי למוכרה לחמיו ולהשתכר, הרי פירש"י ללשון ראשון שכיון שחמיו פסק עם חתנו והוא החתן פסק עם אחרים לא מיקרי שליח, הגם שחמיו יודע בעת שפסק בלריך לקנות ואפ"ה לא תלינן זה בסוג שליחות רק קנין הוא, הגם שברא"ש לא הביא רק לשון שני שברש"י ולא הביא לשון הראשון, וא"כ יש לומר שאפשר שהרא"ש סובר שאם חמיו היה פוסק עמו מקודם היה זה חשוב שלוחו רק מפני שלא פסק כלל עם חמיו מקודם ולכך השמיט בכוונה לשון ראשון שברש"י, אך זה אין ראי' שיש לומר שלכך השמיט לשון ראשון שברש"י לא משום דלא ס"ל לדינא הכי, רק משום שלשון הגמ' מורה יותר כלשון האחרון משום דאיתא בגמ', „בתגרא דזבין ומזבין" משמע שקנייתו קדמה להמכירה, וכך אורחא דמלתא שאם היה פוסק חמיו עמו מקודם אין דרך לחתן להשתכר לכתחלה בשל חמיו, ומסתמא אורחא דמלתא להטריח בחנם וכל שעושה בחנם בלא ריוח אמרינן מסתמא שהוא נעשה שליח כי למה יקנה וימכור לחנם ויהיה נכנס לבעל דבר בלא ריוח, וע"כ הוסיף רפ"י בלשונו הטהור „ומשתכר" וע"כ נקט הרא"ש לשון שני שברש"י וכל שהסחורה קנה מעלמו בזה דרך הוא להשתכר כיון שיש לו סחורה ויכול למוכרה לאחרים ג"כ, אבל לדינא למה לנו לומר שהרא"ש חולק על רש"י בדין היולא מלשון ראשון, וכל למעוטי מחלוקת עדיף לנו. ג) אם אמר להם בזה"ל, אני נותן לכם מעות על דגן שיעלה לי בזה המקח, או שאמר להם אני נותן לכם מעות שתקנו דגן ותתנו לי שיעלה לו במקח זה, בשני לשונות אלו יש להסתפק אם הוא סוג שליחות או סוג קניה, כי הוא לישנא דמשתמע לתרי אפי, כי יש לפרש הכוונה בלשונו שאומר שאני נותן לכם מעות על הדגן היינו שתקנו עבורי, או שיש לפרש שעל הדגן נותן מעות לקנות אותם בזה מאתם, וכן בלשון שאומר להם שנותן להם מעות שתקנו דגן ותתנו לי ולא אמר לשון עבורי, לכן יש להסתפק ג"כ בכוונת דבריו, אם כוונתו שהקניה תהיה עבורי באופן שיותן לי על מקח זה שקלבו, או שכוונתו שאתם תקנו הדגן ואותו הדגן תמכרו לי עבור המעות שנותן להם עתה ואותו התבואה שיקנו קונה מאתם, הנה באלרתי כמה סוגי לשונות, לשון המורה לשליחות ודאי, ולמכירה ודאית, ולשון ממולע שיש לפרשו בשני פנים הן בלשון מכירה והן בלשון שליחות:

ב) **אמנם** ראוי לחקור לדינא בלשון המסופק בין לשון מכירה ללשון שליחות האיך נדון בזה, ואפשר שנדון זה כיון שהמעות לקח ודאי ואין יודע אם נפטר ע"י מעשה שליחותו או שנאמר שלא היה לשון שליחות ולא נפטר בזה כלל, א"כ הוא מסופק בהפרעון והתובע טוען ודאי שלא היה כוונתו לשום ענין שליחות, ולכן יהיה זה כדין התובע

ודאי והלה משיבו אין יודע אם פרעתי לך, או החזרתי לך, ואם שניהם מסופקים יהיה חייב לצאת ידי שמים, ונראה לומר בזה שזה אין דומה לאין יודע אם החזרתי לך, דהא התוס' (ב"מ דף נ"ז ע"ב) ד"ה והלה אומר כתבו דממתניתין פריך שפיר לרב נחמן אע"ג דאין יודע אם החזרתי חייב כיון שמחזיר אחת הו"ל כאין יודע אם השאלתני אם לאו וכן באין יודע אם מתה בעודה שאולה ע"כ, הרי גם שהפרה היתה בידו ואין יודע אם יצתה מידו באופן שנפטר מהבעלים, אפ"ה חשוב זה כאין יודע אם נתחייבתי מפני שאנו דנין על מיתת הפרה אם נתחייב אז השומר אם לא, וה"נ בנ"ד אנו מסופקים אם נתחייב על המעות שקבל או שלא חל עליהם חיוב מן המעות הנ"ל, והרי זה כאין יודע אם נתחייבתי. — אלא שיש לדון בזה שזה יהיה תלוי אם המעות הניתן על מכר שלא נגמר הקנין כגון בדבר שלא בא לעולם וכדומה אם המוכר המקבל המעות יש לו דין לוה או שואל, או שהוא עליהם רק שומר, וכבר עמדו על מדוכת ספק זה רבותינו האחרונים הקצה"ח והנתיבות (בסי' ס"ו) וגם הסמ"ע והש"ך דברו בענין זה, וא"כ אם היה זה שבנ"ד מן סוג מכירה ונאמר שבמכירה גם שהמקח לא נגמר עדיין באופן המועיל ע"פ ד"ת אפ"ה המעות שקבלו ברשותן המה ונעשו בהם דין לוים, הרי הספק שאנו מסופקים בנ"ד הוא אם נעשו לוים מתחלה על המעות, או שהיו רק שלוחים ולא נעשו רק שומרים וממילא נפטרו בעשיית שליחותן ולא פשעו בזה, בזה ודאי שפטורים המה מספק שהרי הוא דומה כטוענים שאין יודעים אם לוו המעות והרי הוא אין יודע אם נתחייבתי, אמנם אם נאמר שגם המקבל מעות על מכירה מן דבר שלא בא לעולם הוי על המעות רק שומר וברשות נותן המעות הם, וא"כ בין שנעשה על הענין שליח ובין שנעשה מוכר בין כך ובין כך הוו שומרים על המעות, רק הספק הוא בעת שהוציאו המעות מרשותן על קניית התבואה, שאז אם היו מוכרים בעת מעשה נעשו לוים ולא נפטרו בהמעות שהוציאו על קניית הדגן, ואם היו שלוחים נפטרו אז בהוצאה שהוציאו את המעות לקנות הדגן, וא"כ לכאורה יהיה זה דמי לאין יודע אם החזרתי שהרי מסופקים אם היה זה חזרה או לאו:

ומ"מ יש לומר שגם אם נאמר שהמקבל מעות על מכירת דבר שלא בא לעולם שיש לו דין שומר, מ"מ בנ"ד אין דומה זה לאין יודע אם החזרתי, והוא דמוכח מדברי התוס' שבב"מ הנזכר לעיל שגם בהא דשאלה חצי יום ושכרה חצי יום ואין יודע אם מתה בעודה שאולה או שכורה, הוא דומה לאין יודע אם נתחייבתי, הגם שדין שואל היה לו מקודם בודאי, ואין יודע אם יצא מדין שואל היינו אם הפרה היה בעין בעת גמר השאלה או לא, ולכאורה הוא ממש דומה לא"י אם החזרתי בפקדון, שהוא מסופק אם יצא ידי חובת החזרת הפקדון שהיה ת"י, וכן נמי בשאלה חצי יום, ומ"מ סברי התוס' שזה דומה לאין יודע אם נתחייבתי מה שמסופק אם מתה בעת שאילתה, ובאמת איתא בשמ"ק שם דאית דסברי שבאמת האי בבא דשאלה יום אחד או שאלה חצי יום חשיב כאין יודע אם החזרתי, רק מה דמוכח מגמ' דדמי לא"י אם נתחייבתי, דמקשה הגמ' לרב נחמן ולר"י דאמרי מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור, הוא מבבא דשאל אחת ושכר אחת שאנו מסופקים על המתה אם היתה שאולה או שכורה מתחלה, אמנם מביא שם דעת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א דסברי כדעת התוס', שזה דשאלה היום ושכרה למחר וכו' חשיב ג"כ כאין יודע אם נתחייבתי, והטעם הוא משום דקי"ל דאין החיוב של שואל בא בעת השאילה רק בעת שאירע האונס, וא"כ הוה הספק בעיקר החיוב אם אירע האונס בעת שהיתה שאולה, והריטב"א הוסיף שגם למ"ד מעידן משיכה נתחייב באונסיה, מ"מ עיקר החיוב לא נגמר רק כשיבוא האונס יעו"ש בשמ"ק שהאריך בזה. ובאמת יש לעיין לפי סברתם, מדוע מחייבין באין יודע אם החזרתי בפקדון, כיון שעל השומר אין מוטל חיוב כלל מן עת קבלת פקדון, וא"כ ניחזי אנן במודה שקבל הפקדון ואין יודע אם החזירו א"כ מסופק הוא אולי נאבד אללו בפשיעה, או שאין יודע היכן הניחו שזה חשיב פשיעה, או שמא שלח בו יד, וא"כ כיון שכל זמן שהפקדון היה בעין אין עליו שום חיוב, ורק אם נאבד אללו בפשיעה או שלח בו יד, או בשו"ש אם נגנב אז נתחייב, והרי אם החזירו בעין לא היה עליו שום חיוב מעולם וא"כ הרי הוא ממש אין יודע אם נתחייבתי, ודוחק לומר דמתניתין דמחייב באין יודע אם החזרתי בפקדון, מיירי בפקדון מעות שהיה לו רשות להשתמש בהם ונשתמש בהם ובזה הוא מסופק אם החזיר, דהא סתמא קתני אין יודע אם החזדתי בפקדון חייב, ובכל גווני פקדונות איירינן:

ג) **ונראה** לענ"ד לומר בטעמו של דבר זה, דמחייבינן באין יודע אם החזרתי בפקדון בשני פנים, אופן א' משום דאמרינן הגם שלענין חיוב אקרקפתא דגברי אין לנו מעת שקבל החפץ לשמור, מ"מ כיון שהיה החפץ ברשותו ומסופקים אם יצא מרשותו, מועיל החזקה דמעיקרא, דמוקמינן שכמו שהיה מקודם ברשותו כן לא נעשה בפקדון דבר שילא מרשותו של הנפקד, וע"כ מחייבינן בטוען שמא, משא"כ בהא דשאלה חצי יום וכו' כיון שאין אנו מסופקים אם נעשה מעשה בהחפץ שהרי זה אנו יודעים שמתה, רק מסופקים אולי מתה בשעת שאילה שבזה נבוא לחייבו, ולכן כיון שהחיוב הוא דבר חדש שמקודם לא נתחייב הוא, פטור כמו בכל אין יודע אם נתחייבתי. או י"ל באופן שני, והוא ששני דברים נמצא בשאלה ופקדון, חיוב אחד שאם יארע איזה קלקול יתחייב בזה באופן שחייבתו התורה, וחיוב זה חל עליו בעת שהקלקול יהיה, עוד הוא מחויב בהחזרת הדבר אם הוא בעין ליד בעליו כשיגיע זמנו וזהו שמירתו שמוטל עליו, וע"כ באין יודע אם החזרתי בפקדון, כיון שמקודם ידענו שממון של הבעלים היה ת"י הנפקד ולא ביד הבעלים, מוקמינן אחזקה שעדיין לא הוחזר ליד הבעלים, משא"כ בנידון שאלה חצי יום ושכרה חצי יום, שהבהמה מתה, ואין אנו מסופקין בחזרה המוטל עליו שהרי אין כאן מה להחזיר, רק הספק אם בא לו התחייבות בעוד שהיתה שאולה, בזה מוקמינן אחזקה שלא נתחייב, ובין שני הטעמים שכתבנו לחלק הא דשאלה חצי יום, מאין יודע אם החזרתי בפקדון, יצא חילוק לענין נ"ד, באם שהיה שומר על המעות בודאי [להאופן שכתבנו שהמקבל מעות על קנין דבר שלא בא לעולם לא נעשה על המעות לוה], ורק מסופק אם נפטר השליח מן שמירת המעות בקנית התבואה, ואם היה להשליח דין מוכר נתחייב אז על המעות, שלאופן הראשון כיון שנעשה מעשה בהמעות ודאי, רק הספק אם נתחייב אז על המעות, בזה תלינן שלא נתחייב על המעות כמו שהיה מקודם שלא היה עליו חיוב, שהרי מעשה הוצאת המעות מרשות הנפקד היה בודאי, משא"כ לפי האופן השני שיש לדון על החזרה וראוי להעמיד שלא חזר לרשות הבעלים, כן ראוי כאן ג"כ לדון, שלא נסתלקו מן חזרת המעות שמוטל עליהם בקניית התבואה ולא חזר עדין ליד הבעלים, ובספק זה נדון כאין יודע אם החזרתי בפקדון. והמחוור לענ"ד כטעם חילוק השני שכתבתי, והוא מהא דאיתא בחו"מ (סי' קכ"א סעיף ד') והוא מדברי הרמב"ם (בפ"א מהל' שלוחין ושותפים), שמי שלא מלוה או פקדון ע"י כתב חבירו של המפקיד או המלוה, ואח"כ טען המפקיד שלא היה כתב ידו ולא בא אליו, והלוה או הנפקד אין יודע, שמחויב לשלם רק יאיים עליו ח"ס כו' יעו"ש, והטעם כתב הכ"מ שם והובא בש"ך שהוא מטעם אין יודע אם החזרתי, ואם נאמר כטעם חילוק הא' שכ', הא תינח במלוה, אבל בפקדון הלא יטעון הנפקד אללי לא נמצא הפקדון בודאי, ורק מסופק אני אם נתחייבתי אז במה שהוצאתי

שהוצאתי מת"י שלא לשלוחך, והרי הוא ספק בחיוב, אלא ודאי שאנו דנין על החזרה ליד בעלים גם בפקדון, וכל שיש ספק אם הוחזר לידם מוקמינן אחזקה קמייתא שלא הוחזר ליד הבעלים בטענת שמא נגד ברי, ויעוין בש"ך (סי' רנ"א ס"ק מ"ד) ובקצה"ח (סי' ש"מ ס"ק ד') למה שדברובענין זה בטענת א"י בפקדון :

וא"ב כיון שהכרענו כאופן הב', ולפ"ז בכ"ד נוטה הדבר לאורה, שהוא כאין יודע אם החזרתי, כיון שהספק הוא אם יצאו בחזרת הפקדון על המעות ע"י שהוציאו אותם על התבואה, ומ"מ נראה לענ"ד לומר שאין זה מוכרח, כי יש לומר דאפ"ה אין נחשב בכ"ד כאומר אין יודע אם החזרתי, והוא דשאני הספק של א"י אם החזרתי, שספק החזרה נתהוה אחר החזקה המוקדמת לה ומנגדה, וע"כ מוקמינן כמו שהיה מקודם, משא"כ בספק זה שבכ"ד שהספק היה עומד מתחלתו בעת שקבלו המעות לידם, אם היה בתורת שליחות ויפטרו בהוצאותן על קניית התבואה, או שהיה בתורת מכירה ולא יפטרו בזה, ובזה נעמידו על חזקתו להקטין חיובו שלא נתחייב באופן זה, וזה נחשב כאין יודע אם נתחייבתי. וסברא זו נראה לענ"ד, שיש ללמוד אותה מדעת הסוברים (המובא בשמ"ק) שבשאלה על חלי יום או בשאלה היום ושכרה למחר שנסתפק אימתי מתה, שזה חשוב כאין יודע אם החזרתי, מפני שסובר שפטור שנפטר ע"י טענת אונס בשוכר הוא נחשב כחזרה, ומספיקו נחשב כאין יודע אם החזרתי, ואפ"ה בשני פרות אחת שאולה ואחת שכורה ואין יודע איזה מתה, סוברים גם הנך דמחייבי בא"י אם בעידן שאלה, שמ"מ בשני פרות גם לשיטה זו הוא כאין יודע אם נתחייבתי, ולכן מקשי הגמ' לרב נחמן ור"י כו', וראוי לבאר טעם החילוק בזה כיון שסובר שהפטור כחזרה נחשב והרי שני הפרות היו ברשותו ואין יודע אם נפטר מאחת, וצריך לומר ע"ז שהסברא פשוטה משום שאנו דנין על הפרה המתה היאך היתה מתחלה אם שכורה או שאולה, וע"כ הוא זה ספק בעיקר חיובה אם נתחייב עליה באונסה או לא, וא"כ נאמר גם בכ"ד חשיב זה ספק בעיקר הדבר אם נתחייב מתחלה באופן כזה שיתחייב גם בעת שהוציא המעות על התבואה או שלא נתחייב באופן הזה, זהו אשר בארתי הנוטה לענ"ד בכ"ד אם היה לשון מסופק אם מסוג שליחות או סוג מכירה, וגם אם התובע היה טוען ברי שכוונתו היה דוקא מכירה ולא שליחות, אפ"ה המוחזקים פטורים מספק שמא היה שליחות מתחלה, ומעולם לא ירד עליו חיוב זה שיתחייב בעת שיוציא המעות לצורך התבואה שקונה עבור בעל המעות :

ד) **ועתה** נבוא לדון בדבר חדש גם אם היה הלשון שדברו שיגנון מכירה בודאי שנתן להם המעות בכדי לקנות מהם התבואה שיקנו, שלכאורה הוא פשוט שההפסד שלהם הוא וכמו שכתבנו בטענת התובע, מ"מ יש לדון שההפסד הוא על בעל המעות אחרי שהם טוענים שלקחו עבורו וכמו שנבאר בעז"ה :

איתא בשו"ע חו"מ (סי' ר"ט בסעיף ה') דבר שבא לעולם אלא שאינו ברשותו דינו כדבר שלא בא לעולם שלא קנה, והרמ"א כתב ומ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כו' דטרח וקנה כי היכי דליקו בהימנותיה ע"כ, ויעוי"ש בט"ז שם שהאי דינא הוא דוקא שהבטיחו להקונה הבטחה חוקה להמציא לו לקנות עבורו, או במקום שמכר לו בחזקת שיש לו והינהו בזה, ע"כ מטריח עצמו כי היכי דליקו בהימנותיה, אבל בסתם מוכר דבר שא"ב והלוקח ידע מזה לא אמרינן הכי יעו"ש, ויש להסתפק במוכר סתם דבר שאין ברשותו ולא הבטיחו הבטחה חזקה וגם הלוקח ידע שאין ברשותו, אמנם המוכר מודה שאח"כ קנה בכדי לקיים מקחו, אם נקנה הדבר ללוקח באופן שהמוכר לא יכול לחזור בו, ומה שאני מסתפק בזה הוא

מפני שמקור הדין הא דאמרינן אדעתא דהכי טרח כי היכי דליקו בהימנותיה הוא מסוגיא דב"מ (ע"ז ע"א) גבי המוכר לחברו דבר שאין שלו ואח"כ חזר ולקחה מבעלים הראשונים ופריך שם הגמ' מכדי האי לוקח במאי קנה לה להאי ארעא כו' ומשני רבא תהא במאמינו ובההיא הנאה דסמיך עליה כו', הרי משמע מגמ' שכל עיקר הטעם שנקנה ללוקח לאו מהאי טעמא לחוד שהמוכר קונה השדה בכדי להעמידה ללוקח, שזה ידע הגמ' מקודם מהאי טעמא דניחא ליה דליקו בהימנותיה או דלא לקריה גזלנא, ואפ"ה פריך הגמ' במאי קנה האי לוקח, רק מסיק הגמ' מטעם בההיא הנאה כו', וא"כ גם אם המוכר מודה שקנה עבור הלוקח שיהיה לו הדבר שמוכר לו אין מועיל זה היכא דליכא טעמא דבההיא הנאה, אמנם באמת הא גופא טעמא בעי למה לא מהני מה שהמוכר מכוון בעת קנייתו מאחר עבור הלוקח ממנו והלא הוא זוכה עבור הלוקח בלקיחתו מאחר ולמה צריך הגמ' להוסיף טעמא של בההיא הנאה כו' גמר ומקנה ליה. והנה כבר עמדו הראשונים בזה והובא בשיטה מקובלת במס' ב"מ שם כמה סברות שנאמרו בזה, והנה דעת הר"ן ז"ל שכוונת המוכר להקנותה ללוקח אח"כ ולא שתהיה בקנייתו מן הנגזל להלוקח, וע"כ בעינן הקנאה שבזה יתהוה של הלוקח ולכן שפיר פריך הגמ' במאי קנה נה האי לוקח, אמנם מביא שם בשם הריטב"ם וז"ל, אפילו נאמר שקונה עתה לצרכו של הלוקח, מ"מ לא קנה לה הלוקח שהרי הנגזל לגזלן מכרה לא ללוקח ומי הודיעו להנגזל שיקנה להלוקח, ואפי' למאן דפליג בב"ק ולא סבר לה להאי סברא דמי הודיעו ה"מ בלוקח במעות של האחר משום שדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות, אבל הכא הגזלן במעות שלו הוא לוקחה ע"כ יעו"ש, ובשם הרא"ש ז"ל הביא שם דמאי דקאמר תהא במאמינו הכוונה היא שבשביל שמאמינו טרח הגזלן וקנה עבור הלוקח וניחא אפילו למ"ד ומי הודיעו משום שהנגזל יודע זה ג"כ. — נמצא מזה שלדעת הרא"ש ז"ל סבר לה הגמ' לפי הס"ד, שאין כוונת המוכר בקנייתו מהאחר עבור הלוקח ממנו רק שאנו אומרים לפי הס"ד שבודאי דעתו לקיים הדבר אח"כ, ומשני הגמ' שבשביל שמאמינו כוונתו בזכיתו מן הנגזל עבור הלוקח, ולדעת הר"ן הכי אמרינן שכוונתו לזכות אחר קנייתו להלוקח, והיינו טעמא של סברת הר"ן מפני כיון שהמדובר היה מתחלה שהלוקח קונה ממנו ולא שיהיה שלוחו לקנות עבורו, אמרינן גם בסוף הדבר ג"כ שהוא לוקח מן הגזלן לעצמו ולהקנותה ללוקח ממנו, אמנם לסברת הריטב"ם מה שהוא קונה בשביל שיהיה של הלוקח חשוב זה כלוקח עבורו מן הנגזל, רק דלא מהני מפני שאין הנגזל מקנה להלוקח וגם אין זה מעותיו של הלוקח :

ולפי זה נבוא לבאר בנידון שהעירנו במקום שהמוכר מודה שקנה עבור הלוקח ממנו, לדעת הר"ן כיון שהדבור היה שהלוקח קונה ממנו גם שהוא אומר שכוונתו היה שיהיה להלוקח מאתו כפי שהבטיחו, אמרינן שכוונתו הוא שאח"כ יתהוה של הלוקח וכיון שאין כאן סברת בההיא הנאה ע"כ אין כאן קנין שיקנה בזה הלוקח, אמנם לדעת הריטב"ם שכל מה שמקשה הגמ' מכדי האי לוקח במאי קני לה הוא מפני סברת מי הודיעו כו' ומשום שאין שם מעותיו של הלוקח, וא"כ היכא שבאמת היה מעות של הלוקח שפיר קונה הלוקח כיון שדעת המוכר בקנייתו עבור הלוקח, וכן לדעת הרא"ש ג"כ יש לומר שהיכא שמודה המוכר שדעתו היה בעת קנייתו עבור הלוקח ובמעותיו הוא קונה שפיר הוה קנוי ללוקח הגם שאין כאן סברת בההיא הנאה כו', שהרי כל הטעם שמצריכים לסברת בההיא הנאה לדעת הרא"ש הוא רק להחליט הדבר בודאי שכוונתו היה בלקיחתו מאת הנגזל עבור הלוקח, אבל היכא שהוא מודה בדבר שכן היה או גם אם אין כאן סברת בההיא הנאה, מ"מ כיון שזה קנה עבורו ובמעותיו הרי נעשה

שלו

שלו. — הגם שיש לפקפק בזה בדעת הרא"ש, דיש לומר כיון שחזינן לדעת הרא"ש שהגמ' חידש לנו דבר בזה גופא שבשביל שמאמינו קונה עבור הלוקח מן הנגזל, אבל לפי הס"ד היינו אומרים שגם שידעינן מסברת ניחא ליה דליקו בהימנותיה ודעתו להקנות ללוקח, מ"מ אמרינן לפי הס"ד שאין כוונתו בעת קנייתו לזכות עבורו בעת קנייתו מן הנגזל רק להקנות לו, רק מצד סברת בהיא הנאה אמרינן שקונה עבורו ממש, וא"כ יש לומר בסתמא דמלתא גם היכא שדעתו ג"כ למסור להלוקח ממנו בהחלט, אפ"ה נאמר שדעתו הוא רק להקנות לו אח"כ ולא לזכות בקנייתו מהמוכר לו עבור הלוקח ממנו כיון שאין כאן סברת בהיא הנאה. — מ"מ לקושטא דמלתא נראה לענ"ד שאין לחלק בכך, וכל שדעתו מוחלטת בעת הקניה שיהיה ללוקח ממנו אמרינן שקונה עבורו מאת המוכר לו, וכל מה שנסתפק בגמ' לפי הס"ד דמקשה האי לוקח במאי קנה לה מפני שהגמ' לא מחשיב זו הסברא דניחא ליה דליקו בהימנותיה להחלט גמור שיהיה להלוקח מאתו, וע"ז משני הגמ' תהא במאמינו כו' ומפני זה אנו דנין דעתו מוחלטת לקנות עבור הלוקח מאתו, כי אין סברא לחלק בהחלט הדעת, אם בטעם זה של ניחא ליה דליקו בהימנותיה, או בטעם של בהיא הנאה, שבהחלט זה יהיה דעתו להקנות אח"כ, ובהחלט זה של בהיא הנאה יכון לזכות בעת מעשה עבורו, דמאי נפקא מינה בהחלט דעתו, ע"כ מסתבר יותר לומר בדעת הרא"ש, שלהס"ד מטעם ניחא ליה כו' אין זה החלט גמור בדעת האדם רק נוטה כן לעשות ומטעם בהיא וכו', מחליטים לדעתו שיהיה להלוקח, אבל כל שהוחלט בדעתו [וכן אומר המוכר] שקנה שיהיה להלוקח ממנו בהחלט חשבינן שקונה עבורו ושלוחו הוא כנ"ל, ומלשון הרמב"ן ז"ל המובא בשיטה מקובלת שם שמפרש נוה דמשני הגמ' תהא במאמינו כו' גמר ומקנה, כלומר שלוקחה לצרכו של לוקח והיינו לטעמא דניחא ליה דליקו בהימנותיה עכ"ל הרמב"ן המובא בשמ"ק שם, יראה ג"כ שסובר שכל שדעתו מוחלטת להקנות להלוקח ממנו חשבינן זה כשלוחו לענין הלוקח, אמנם בחידושי הריטב"א למס' ב"מ ראיתי שמתחלה כתב שזה מטעם שליחות הוא שחשבינן כקונה עבור הלוקח, אך אח"כ כתב שלשון הגמ' אין משמע כן ומפרש שבהיא הנאה קמקנה ליה וכמו שמלינו בקנין חליפין יעו"ש וא"כ נוטה דעתו כדעת הר"ן המובא בשמ"ק שם שהבאנו לעיל. — היוצא מכל זה שדין זה היכא שהמוכר אומר שבעת שלקח היה דעתו שיהיה להלוקח ממנו בסתמא דמלתא, אם אמרינן שדעתו היה שקנייתו מן המוכר לו יהיה עבור הלוקח, או אמרינן שדעתו הוא להקנות אח"כ להלוקח ממנו ובמקום שאין שם סברת בהיא הנאה, במחלוקת הראשונים היא תלויה שלדעת הריב"ש והרמב"ן והרא"ש כשלוחו הוא חשוב, ולהר"ן והריטב"א אין זה סוג שליחות רק הוא קונה ומקנה להלוקח ממנו:

ה) **ועתה** נבוא לחקור לדעת הסוברים שהיכא שקנה שיהיה להלוקח ממנו קנה הלוקח, וכן בהא שמבואר בש"ע דאמרינן אדעתא דהכי טרח כי היכי דליקו בהימנותיה, מהו הדין אם נאנס ונפסד הדבר שקנה אם הוא על אחריות הלוקח או שהוא עדיין באחריות המוכר. — ובכדי לבאר דבר זה הנני להקדים דברי המבי"ט שהביאו הש"ך בחו"מ (סי' קפ"ג ס"ק ע') שכתב הא דשליח ששינה מדעת משלחו דקי"ל אם פחתו פחתו לו ואם הותירו להמשלח, שדווקא פחת של יוקרא וזולא אבל פחת מחמת אונס וכדומה שייך להמשלח, והקצה"ח תמה ע"ז דהא כיון ששינה אינו שלוחו כלל והמעות הלואה הם אצלו וקנה להתחייב באונסין, ובאמת מצאתי בחדושי הרשב"א שם בב"ק וכן בשמ"ק שכתבו מפורש דפחתו דתני בברייתא אינו אלא דוקא כעין פחת דאמרינן בשינוי דלבע שיהו על התחתונה, אבל אם פחתו באונס לא פחתו לו, וכבר הביא הנתיבות שם בביאורים (ס"ק ו') לדברי הרשב"א והשמ"ק הנ"ל אלא שנדחק הנתיבות שם על טעמא דהאי דינא של הראשונים הנ"ל שלא נתחייב בפחת האונס, וע"כ רצה לפרש דמיירי היכא שהודיע להמשלח מהשינוי ונתרצה לקבל העסק ע"ח, אך קשה ודחוק להעמיס זה בדברי הרשב"א שהרי סתים להאי דינא שדימה שינוי זה לשינוי דלבע, ובשינוי דלבע גם אם אירע האונס קודם שקבל הגמר ע"ח לא נתחייב ג"כ באונס שהרי לא קנאה ושל בעלים הוא. — אמנם בעיקר הקושיא שהקשו הקצה"ח והנתיבות כיון שעברו על דברי המשלח, המעות נעשו הלואה גביה, לענ"ד לא ידעתי מנין פשיטא להו זה, דהא יש לומר כיון שמעולם לא נתכוין לקנות לעצמו לא ירד עליו דין גזילה ולא הלואה רק פשיעה בשמירה הוא, וגוף הדבר של הבעלים הוא ורק פשע שהיה צריך להיות אלו חטים והוא עשה שנעשו שעורים, וע"ז ראוי לדון כדין כל פושע וכל אונס הבא שאלו היה קונה חטים לא היה אירע דבר זה יתחייב בזה מצד פשיעתו כדין כל תחלתו בפשיעה וסופו באונס היכא שהאונס בא ע"י גרם פשיעתו, אבל אונס שהיה בא על החטים ג"כ בזה אין לחייב כלל להמשנה, ולדקו דברי המבי"ט ע"פ הסברא. הן אמת שיש לדקדק ולומר כיון שהוא נוה לו לקנות חטים והוא שינה ולא קנה החטים נתבטל שליחותו, והרי הוא כלוקח מעותיו וקונה עבורם מה שלא ציוה, רק מצד דאמדינן לדעתו שזכות הוא לו לקנות הריוח שיהיה בהשעורים, מ"מ הוא נתחייב בהמעות שהוציאן הגם שהחליפן על שעורים מ"מ הוא שינוי ופשיעה שהוציא מעות לשעורים, וא"כ נכון לחייבו בכל אונסין הבאים על השעורים שלא היו באים על המעות אילו לא הוציאן על השעורים הגם שגם על החטים היה בא אונס זה. — מ"מ באמת נראה לענ"ד שדברי המבי"ט נכונים וכן הוא דעת הרשב"א ז"ל כנ"ל, והוא כיון שזאת ודאי שנקטינן ליה רק לדין שומר כיון שהחליפן לצורך המשלח וזכה בתמורתן עבורו, דודאי אם היה על המעות גזלן שהוציאן שלא ברשות לא הוה תלי הגמ' בפלוגתא דר"מ ור"י אם מעביר על דעתו של בעה"ב נקרא גזלן גבי שינוי דלבע, שהרי שם הדבר בעין של הבעה"ב ולר' יהודה לא ירד עליהם דין גזלן כלל, משא"כ כאן על המעות נקרא גזלן שהוא הוציאן מרשות בעלים, ואלא ע"כ צריך לומר לר"י שכל שהחליפן לצורך הבעלים כמו שהדבר בעין חשבינן לה, וא"כ צריכים אנו לדון על גוף הדבר שנמסר לידו, שהיה עומד שיתהוה מזה חטים והוא ע"י השינוי עשה מזה שעורים וצריך לדון על הפשיעה מחטים לשעורים, זהו הנראה לענ"ד פשוט מצד הסברא בדברי הרשב"א ז"ל:

והנה הקצה"ח הביא ראיה לדעתו שנתחייב בכל האונסין מדברי הרי"ו במישרים נתיב ל' ח"א ומדברי הנמוק"י, והנה דברי הרי"ו באמת צריכים ביאור כאשר אכתוב בסמוך בע"ה, אך מקודם אבוא ליישב מה שדקדק מדברי הנמוק"י שכתב בנותן מעות באופן שלא ילוה אלא על כספים, ואם שינה ומלוה ע"ד אחרים אם פחתו פחתו לו, ומסיים שם אע"ג שכל האחריות עליו כו' ומלשון כל האחריות משמע אפי' אונסין יעו"ש עכ"ד הקצה"ח, ובאמת לענ"ד שכאן חייב בכל האונסין גם לסברת רשב"א הנ"ל שכל מה שדקדקנו בטעמו של דינו של הרשב"א הוא מפני שכיון שהחליפן על הסחורה עבור בעליהן מקרי עדיין בעין גוף הדבר של הבעלים, רק נידון מדין פשיעה וזה לא שייך רק בקונה לגמרי, אבל במלוה על המשכון כיון שגוף הממון שמלוה אין בעין שהרי ניתן להוצאה ובמשכון אין כאן קנין גמור רק שיעבוד בעלמא שהרי אם נאנס המשכון גובים החוב מהלוה, ולכן כל אשר ההלואה היה שלא ברשות בעל המעות שהרי שינה מדעתו ואין כאן שליחות יש לדון שפיר

בדין

כדין המאבד ממון חברו שנתחייב בתשלומין. *) ומ"מ כיון שהלוה נתחייב בריבית ודעתו להתחייב לבעל המעות, וכן דעת המקבל ג"כ שהוא המלוה לאחרים ג"כ עבורו ע"כ אם הותירו הותירו לו רק אם יארע אונס מתחייב המקבל לשלם להנותן, ולבד זה ג"כ דברי הנמוק"י מיירי מסתמא לאו באונס שהרי באונס היה החיוב מוטל על הלוים, ואפשר בנגבה אלמא או שאין לו שלא משלם, מ"מ הדבר נכון כמש"כ, אמנם מה שהביא מדברי רבינו ירוחם שכתב במישרים נתיב ל' ח"א בשם הגאונים המפקיד אצל חברו סחורתו להוליכה למקום פלוני והוליכה למקום אחר חייב באחריות הסחורה ונעשית מלוה וב"ד מכריחים אותו לפרוע לו, ומדכתב ונעשית מלוה א"כ ודאי חייב בכל אונסין וכו' ע"כ דברי הקלה"ח, ונפלאתי מאד על הקלה"ח הא לפי סברתו ג"כ שסובר שהמשנה ומוליא מעות על דבר אחר שלא ליוהו המשלח נעשית מלוה ונתחייב באונסין ג"כ, מ"מ הא תינח במוליא המעות אבל בהא דרי"ו שמשנה בגוף הסחורה של הבעלים למה יתחייב על הסחורה של הבעלים באונסין, וכי בשביל ששינה ופשע בהם נעשית שלו הא מלינו בב"מ (דף מ' ע"ב) ביחדו לה הבעלים מקום וטלטלה שדוקא לצורכו חייב ומשום שהיה שואל שלא מדעת שנעשה גזלן להתחייב באונסין, אבל לולא זה היה פטור על אונסין וכן מבואר בב"מ (ע"ח ע"א) ושם ע"ב גבי הא דהשוכר להוליכה בהר והוליכה בבקעה וכו' שאינו חייב רק היכא שבגרמתו של השינוי אירע האונס כמבואר שם ובתוס':

הגה"ה

*) ויעויין בדברי הר"ן בתשובה (סי' ע"ג) שהובא בדברינו בסמוך אות ו' שם מבואר להדיא שגם לדעה הפוסקים בהא דאם פחתו דוקא פחת שלא באונס וכשיטת הרשב"א ודעימיה, מ"מ בהא דהמלוה על מחלית שכר והתנה דוקא על כספים וכו' בזה אם הלוה על דברים אחרים לגמרי ברשותו קאי גם לענין אונסין כמבואר בדבריו בהשיבה שם והוא כמוש"כ:

ובכדי ליישב שיטת הקלה"ח איך שהוא מפרש דברי הרי"ו וגברא רבה אמר מלתא לריכין אנו למשכוני נפשין לבאר שיטתו, ונראה לעג"ד לומר שהקלה"ח מפרש לדברי הרי"ו דאמר חייב באחריות כו' ונעשית מלוה מיירי שהפקיד אצלו להוליכה למקום פלוני למוכרה שם, והוא הוליכה למקום אחר למוכרה שם, ועפ"ז נפרש דברי הקלה"ח שהרי כל עיקר סברת החילוק אם נאמר כסברת המבי"ט שהוא ברשות בעליו גם ששינה, הוא מפני שסובר הגם ששינה מדעת בעלים והוליא המעות למה שלא נשתלח מ"מ כיון שלצורך המשלח עשה זאת לא נכנסו המעות ברשות השליח ששינה רק ברשות בעלים הוא, אמנם הקלה"ח סובר הגם שלצורך המשלח קנה במעותיו של המשלח, מ"מ כיון שלא בשליחותו עשה זאת, המעות ברשות השליח קאי שהוליאן מרשותו של המשלח שלא בשליחותו, ומעתה עפ"ז יתבאר ג"כ דברי מהרי"ו כיון שהמפקיד ליוה למוכרן במקום פלוני, והנפקד הוליכה למוכרה במקום אחר הגם שהיה כוונתו שימכרנה במקום אחר לצורך המפקיד, מ"מ לשיטת הקלה"ח המשנה ומוליא מרשות בעלים שלא בשליחות הבעלים הגם שהוא עושה זאת לצורך הבעלים, מ"מ נקרא ונעשה גזלן על הדבר שמוליא מרשות בעלים ולכן כשמוסך את החפץ למקום אחר בכדי לעשות הדבר שמתכון לעשות בזה שבזה יהיה לו דין גזלן ע"ז, ממילא בעת משיכה נחשב כמוסך לגזול ונתחייב באונסיה וברשותו עומד, והו הנראה לעג"ד כוונת הקלה"ח בדברי הרי"ו. — מ"מ באמת נראה לעג"ד שדחוק הוא לפרש בדברי מהרי"ו כן שהרי סתים לה ולא הזכיר כלל שמיירי שכוונת הנפקד להוליכה למקום אחר למוכרה שם, וע"כ נראה לומר בכוונת הרי"ו שהמפקיד הפקיד למקום פלוני ששם נלרכת להמפקיד והנפקד הוליכה למקום אחר חייב באחריות הסחורה, כוונתו כל האחריות הנעשה ע"י השינוי שאירע שם, ומש"כ ונעשית מלוה כוונתו כל עת שבא המפקיד באיזהו מקום שנלרך לו הסחורה ותובע מאת הנפקד שיחזירה לו וכיון שאין בידו אז להחזיר מחויב לו לשלם דמיה, כיון שהגיע עת חזרת פקדונו ואין לו מה להחזיר לו חייב לשלם לו התמורה, וזה השמיענו רבינו ירו"ו בשם הגאונים שלא נאמר שאין לו חיוב על גופו של הנפקד כל זמן שעדיין הפקדון ישנו בעולם, וע"כ באו להשמיענו שכל שאין בידו להחזיר בעת ומקום הנלרך לו להחזיר הפקדון מחויב אז לשלם התמורה, ואין הכי כמי קודם התביעה של הבעלים מגופו של חפץ אם אירע אונס שלא גרם השינוי שזה ודאי דהיה פטור, אך כשנתבע בב"ד להחזיר מהאות שעתא קם ליה ברשותיה שהרי ב"ד מחייבין אותו בתשלומין עבור הסחורה, ואפשר לומר שכל שידוע הוא שבעת שיבא בעל החפץ לדרוש הפקדון שלו במקום הנדרש לו לא יהיה באפשר לו להחזיר ויצטרך לשלם דמים עבורו בזה גם אם נאנס החפץ מקודם גם באונס שהיה בא גם אם לא שינה, מ"מ חייב, וזה דומה למה שאמרו בגמ' ב"מ (ל"ו ע"ב) ומודה רבא כל היכא דגנבה גנב ומתה כדרכה בבית גנב שחייב משום שגם אם לא מתה בביתא דגנב הוי קיימא, וה"כ דכוונתה כיון שגם אם לא אירע האונס ה"א היא שהפקדון יוחזר ליד בעליו, והיה נלרך לו לשלם דמיו ולכן חייב לשלם כמו שהיה בלא האונס, ולכן אתיין דברי רבינו ירוחם כפשטייהו שכל שהוליכה למקום אחר באופן שידוע שאי אפשר שיוחזר לבעליו לעת הנלרך לבעליו הסחורה במקום הנדרש להם מאז הוא באחריותו שהרי נתחייב בתשלומין עבור הפקדון שלקח ממנו:

ו) **והמשנה** למלך (בפ"א מהל' שלוחין) הביא שיש מחלוקת בדין זה ורבים יש שסוברים שחייב השליח באונסין שלא כדעת המבי"ט, ויש מרבוותא שסוברים כדעת המבי"ט, ובשם מרן הרב"י הביא ג"כ שסובר שלא כדעת המבי"ט, ובספר אבקת רוכל מלאתי התשובה של רבינו המחבר ב"י שעליה רמז המל"מ והיא שם (בסי' קס"ג) ומתוך דברי הב"י בתשובתו הנ"ל הגם שהוא נוטה שהשליח ששינה חייב באונסין, עכ"ז מדבריו מוכח שלדעת הרשב"א חייב המשלח באונסין והביא שם דברי הר"ן בתשובה (סי' ע"ג) שהביא המפרשים שפחתו דקתני בברייתא אינו כפחת דברייתא קמייתא ששם אליבא דר"מ אפילו פחת באונס חייב, ופחתו דקתני בברייתא בתרייתא דאוקימנא כר"י דלא קנה לה בהאי שינוי הוה ליה כשינוי דלבע שאם פחתו באונס לא פחתו לו [והוא דברי הרשב"א ממש], רק שהר"ן בתשובתו כתב שלפי דברי המפרשים הנ"ל נסתר הראיה שהביאו בתוס' בשם ר"י מסוגיא זו שמותר לתן על מחלית שכר על מנת שלא תלוה רק על כסף וזהב כו' ואם תשנה יהיה ברשותך לחייב עליהם אם פחתו דאין זה רבית, משום דלא דמי זה להא דאתמר בגמ' בשליח ששינה, ששם פטור באונסין ואלו הכא חייב באונסין, וסיים הר"ן אלא שהוא ז"ל נקט הברייתא כפשטא דאם פחתו פחתו לו לגמרי מהאי טעמא דלתקוני שדרתיך ולא לעוותי חייב לגמרי באחריות הקרן, ולפ"ז יפה דן הר"י בתוס', עכ"ד הר"ן המובא בתשו' ב"י, ומתוך זה דן הרב"י שכל הפוסקים הראשונים שהביאו להאי דינא של התוס' שמותר להלוות למחלית שכר ולהתנות תנאי כזה שכולם מפרשים שגם באונס פחתו לו לגמרי, ואעפ"כ הביא בעצמו בסוף תשובה הנ"ל שהרמב"ם יסבור ג"כ שאין חייב רק בפחתא הבא בגרם השינוי, ודייק זה מלשון הרמב"ם (בהל' שלוחין פ"ה הל' ב') שכתב שם בהא דשותף ששינה ונשא ונתן בסחורה אחרת כו' חייב לשלם כל הפחת שבא מחמת שעבר ע"כ, וא"כ לשיטת הרב"י דין זה במחלוקת הראשונים הוא, שלהרמב"ם והרשב"א ולהמפרשים שהובא בר"ן פשוט דעתם שהשליח פטור באונסין, אמנם לדעת התוס' והרא"ש וסמ"ג וסיעתם חייב בכל האונסין. — ובאמת ידענא בנפשאי שמה אני לחוות דעת נגד דברי הר"ן ז"ל ומרן הרב"י, עכ"ז אומר שלעג"ד כל היסוד שכתב הר"ן שלדעת התוס' שהביאו

הראיה למלוה למתלית שכר על־תנאי כו' מוכרח לומר שפחתו פחתו לו דקתני לגמרי הוא אפילו באונסין, לדעתי העניה אין זה הכרח, דשפיר יש לומר שגם התוס' סברי להאי דינא שהאונס שלא בא מצד השינוי פטור השליח, ואפ"ה מייתו ראי' כיון דמותר לקח ריות, הגם שהפסד זולא לא יקבל שהרי אין דרך שיהיה הזולא לכל המינים בשוה, ובענין קרוב לשכר ורחוק להפסד דאסור העיקר בתר זולא אזלינן וכדאיתא בגמ' ב"מ (ס"ד ע"ב) גבי הילך ד' זוזי אחביתא דחמרא, וא"כ הכא דזולא יהיה על אחריות השליח ששינה ואפ"ה שרי להמשלח לקח הריוח, וה"נ נלמוד מזה שמותר להלוות ולהתנות שאם ישנה יהיה ההפסד על השליח אפי' הפסד אונסין, שאין לנו חילוק בזה אם הקרוב לשכר יותר זה מזה, כיון שבין זה ובין זה שרינן קרוב לשכר ורחוק מהפסד, מפני שאם לא שינה היה קרוב לזה ולזה. — וא"כ כיון שלדעת הרמב"ם והרשב"א והמפרשים המובא בר"ן (ודעת הר"ן משמע שנוטה ג"כ לזה) סוברים בפשיטות שהשליח ששינה פטור הוא מאונסין, ודעת התוס' והרא"ש וסייעתם לא ברירא בהחלט שחולקים ע"ז, ודאי שלדינא ראוי למנקט כוונתייהו של הראשונים אשר דעתם ברור לנו, כל זה היה נראה לענ"ד, לולא דעת מרן הרב"י, ואף גם לדעת מרן הרב"י מ"מ ודאי דהוה ספיקא דדינא ואין לחייב השליח המוחזק באונסין :

ז) **ואחרי** שבארנו כל הנ"ל נבוא לחקור בענין נ"ד, והנה אם נאמר שהמוכר דבר שאין ברשותו ומקבל ע"ז מעות עבור המקח הלז שהמקח עדיין לא נגמר, שהמעות שביד המוכר ברשותו הוא וכדין מלוה, ואם נאנסו המעות ביד המוכר ברשותו הוא, ודאי גם אם קנה אח"כ ונתכון בקנייתו שיהיה להלוקח וכמש"כ לעיל אז אם יארע אונס בקנייתו ודאי שברשות המוכר נאנס, הגם שהלוקח קנה את הסחורה וכמו שבארנו לעיל מ"מ על אונסין אין נתחייב, ודוגמא כזה מצינו בהא דגיטין (י"ד ע"א) הילך מנה לפלוני שאני חייב לו שקיי"ל הילך כזכי ואפ"ה חייב באחריותו כיון שלא נעשה בשליחותו של המלוה או הנפקד, וה"נ בנ"ד גם שזכה בהסחורה, מ"מ לא נפטר המוכר מן האחריות שהיה לו מקודם על המעות :

אמנם אם נאמר שהמקבל המעות על קנין שלא נגמר עדיין יש לו על המעות רק דין שומר וכפקדון ברשותו הוא, בזה יהיה תלוי הדין בדינו של המבי"ט שכתבנו, והוא כיון שבעל המעות לא היה רק שומר והמעות החליף על הסחורה הניקנית עבור בעל המעות, וכבר בארנו שהמעות שנחלף על דבר אחר עבור בעל המעות גם שהיה שלא בשליחותו, מ"מ נחשב שאותן המעות בעולם והמה ברשות הבעלים, ומדין פשיעה ג"כ אין לדון בזה שהרי לא פשע בזה במה שהחליף עבורו המעות על הסחורה, אחרי שניחא ליה שיהיה לו הסחורה הלזו גם שאין לו דין שליח בזה, ויש לדמות זה למה שאמרו בגמ' ב"ק (ק"ג) אליבא דר' מאיר דס"ל שינוי קונה ואפ"ה כשמשנה לסחורה שאין זה נחשב לשינוי גמור דידעינן דניחא ליה גם שאין כאן שליחות, וכתב הרשב"א ז"ל דאם פחתו באונס לא פחתו להשליח, וכמו שכתב הדין אליבא דר"י בשינוי גמור, וה"נ גם שלא נעשה שליח בפירוש על המעות האלו לקנות עבורו הדגן, מ"מ מה שקנה עבורו כיון שידענו דניחא ליה לקנות דגן, ע"כ אין נחשב מה שהחליפו מעותיו על הדגן עבורו לשינוי וע"כ לא נתחייבו באונסין. אמנם לדעת החולקים על המבי"ט יש לדון בענין נ"ד כיון שבכל שעושה שלא בשליחות בעל המעות ברשות השליח קאי, ורק לענין השבח כיון שנקנה עבור הבעלים קנו את השבח, אבל בגוף הקרן כיון שלא נעשה שליח ממילא מתחייב באונסין, ולהפוסקים הנ"ל גם בסחורה אליבא דר"מ שאין נחשב זה לשינוי גמור מ"מ באונסין ג"כ מתחייב שהרי הם מפרשים הפחתו דקתני בברייתא בתרייתא כפחתו דברייתא קמייתא שמתפרש הפחתו פחתו לו אפי' באונס, וא"כ ה"נ בנ"ד יש להשליח להתחייב באונסין גם שלא באו לעולם המעות ברשותו, וזהו הנראה לענ"ד לדון בזה שאם המוכר היה על המעות כדין שומר ולא דין לוה קודם שקנה את הסחורה ממילא אח"כ כשקנה עבור הקונה ממנו יהיה זה במחלוקת הנ"ל, ולפי מה שהראנו פנים לדעת המבי"ט, ולכל הפחות הוא מחלוקת הראשונים, אין לחייב להשליח באונסין מספיקא דפשיטותא כנ"ל. אך בעיקר דין זה במקבל מעות על מכירת דבר שאין ברשותו אם יש להמוכר על המעות דין לוה או שומר הוא מלתא דתלי ברבוותא וכבר הארכתי בע"ה במקום אחר, וכאן אכתוב בקצרה הנוגע לנידון זה, ויעויין בקצה"ח (סי' ס"ו ס"ק ז') במה שמחלק שבמקום שהדבר צריך גמר ולא נגמר בו קנינו המועיל לו וגם המוכר לא איכה להלוקח בזה אסור להשתמש במעות ויש לו בזה דין שומר וכו' יעו"ש, ולפ"ז בנ"ד שהקונה יודע שעדיין לא בא לרשותם מה שמכרו לו והקנין יהיה כשיבוא לרשותם והמוכרים ימסרו לו ודאי שבעל המעות יש להמוכרים דין שומר ואסור להם להשתמש בהמעות, זולת על קניית התבואה עבורו כי לזה ניתן, וגם אם המוכר ידע שישיג התבואה או אם קנה עבורו בל"מ ודאי דאסור להשתמש בהמעות כל זמן שלא נגמר הקניה, ויעויין בהנתיבות שם (ס"ק ה') שחולק על דברי הקצה"ח והקשה עליו מהא דאיתא בבעה"ת שגם במכר מה שיירש מאביו מ"מ הוי המעות הלואה וחילק שם בחילוקים אחרים לחלק מה דאמרינן אליבא דר"ש להיש דהוה רק שומר שכר, ואלו הכא אמרינן דהוה הלואה יעו"ש בנתיבות, ולפי סברתו יש לומר בנ"ד דהמעות הוי הלואה, מפני שסומך על אמונתם שבודאי ימסרו לו גם שהקנין עדיין לא נגמר, ובאמת חילוקו אין מסתבר כל כך דעד איזה מקום יגיע כח של סומך על אמונתו, שבענין הא דר"ש לקיש בנותן מעות על מטלטלין בזה אנו אומרים שלא סמך על אמונתו ולא סמכה דעתו, ולכך אסור לו להשתמש במעות והכא מותר לו להשתמש במעות ואיזה גבול הניתן ע"ז :

ועוד נראה שבעובדא דנ"ד אין להמוכר על המעות רק דין שומר גם לפי שיטתו של הנתיבות ודעימיה הסוברים שכל המקבל על המקח מעות גם שלא נגמר, יש לו על המעות דין לוה, מ"מ הכא בנ"ד שאני וכמו שאבאר, והוא דהא ודאי מלתא דמסתברא בפשיטות שבנ"ד שהקונה ידע שהדבר אין ברשותם רק שיקנו עבורו במעותיו בכדי למסור לו, וכל כי האי גוונא אם ירצה המוכר להוציא את המעות על צרכיו שלא על צורך קניית הדבר הנצרך לבעל המעות שודאי אין רשאי לעשות כן, וזה דומה למה שאמרו בגמ' ב"מ (ק"ד ע"ב) גבי עיסקא שגם על הפלגא מלוה אמרינן להכי יהבי לך לעסוקי ביה ולא למשתא ביה שיכרא, וה"נ בנ"ד ודאי מלתא דמסתברא שיאמר נותן המעות להמוכר לו להכי יהבי לך מעות לקנות הסחורה הנדרשת לי ולא לצורך אחר, וכיון שכן הרי המעות לא נמסרו רק אם יהיה לו לקנות עבור בעל המעות אז יקנה באלו המעות עבורו, ולכן נראה לענ"ד שבנידון כזה שנותן המעות יודע שאין לו סחורה אחרת לתן לו רק מה שיקנה עבורו במעותיו, ע"כ גם אם נאמר שהמוכר דבר שלא נגמר המקח יש לי דין לוה על המעות שמקבל, מ"מ בזה כל זמן שלא נתברר הדבר שיקנה עבורו הסחורה הנדרשת לו ויכול להיות שלא יזדמן לו לקנות ויצטרך להחזיר המעות לנותן המעות, אין לו דין לוה רק דין שומר, ודוגמא לזה מצינו בלוקח על מנת לבקרו וכן בספסירא שכל שלא נתברר קנייתו אין לו רק דין שומר ולא דין לוקח, רק בזבינא חריפא דהוה הנאת לוקח לבד יש לו דין שואל ובזבינא מציעא יש לו דין שומר שכר, וה"נ בנ"ד כל זמן שלא קנו את התבואה עבור הנותן להם המעות אין להם רק דין שומר שכר שהרי הנאה שתיהם הוא שהוא נצרך להסחורה ונותן להם מעות בכדי שישגו עבורו הסחורה הנצרך לו, ולכך מקדים להם המעות,

ויעוין

ויעוין נדרים (ל"א ע"א וע"ב) ובר"ן שם שכתב דהא דהלוקח ע"מ לבקרו אוקימנא בהמוכר את הספינה בדקילי דמיה וכו' עד והוה ליה כשואל ומשום שכל הנאה שלו חייב באונסין, הרי שכל שלא נתברר קנייתו הגם שבידו ללקחה וע"ז לקחה, מ"מ אין לו דין לוקח בזה רק מדין שואל אתינן עליה, וא"כ ממילא בנ"ד לא קנה את המעות בהחלט כדין לוה רק דין שומר שכר להמוכרים עליהם משום דהנאת שניהם הוא, ויעויין בב"מ (פ"א ע"א וברש"י שם) ועיין בשמ"ק שם מה שדקדק על דברי רש"י והביא החולקים ע"ז, ועיין ב"ב (פ"ה ע"א וברשב"ם שם, ובתוס' שם פ"ז ע"ב ד"ה הלוקח) ודו"ק, וכיון שאין להמקבלים המעות רק דין שומר כל זמן שלא קנו את הסחורה ממילא אחרי שקנו הסחורה לשם בעל המעות ונעשה שלו כמו שבארנו א"כ נאמר שלשיטות הנ"ל מעולם לא ירדו השלוחים מקבלי המעות מוכרי הסחורה בדין חיוב אונסין על המעות וכמו שכ'. — היוצא מכל האמור שאין להחליט חיוב על השלוחים המוכרים את התבואה באונסין שאירע אחרי שקנו עבורו, וגם אם מוכרים המה מ"מ אחרי שבארתי בע"ה שדעת הרבה פוסקים שנקראים שלוחים אם כיוונו בקנייתם עבור נותן המעות הלוקח מהם, וגם בארתי שדעת כמה מרבוותא קמאי שהולכים בשיטת המבי"ט, ע"כ א"א לחייב להמוכרים המוחזקים באונסין ונוסף לזה שלא נתברר בנ"ד אם המה מוכרים או שלוחים וכמוש"כ לעיל, לכן נראה לענ"ד שהאונסין על בעל המעות אחרי שישבעו שקנו עבורו, ושלו נאנס כן נראה לענ"ד ודו"ק:

סימן ב

נשאלתי ע"ד אחד שמסר מעות ביד שליש ומסר ביד שליש הנ"ל שטר צוואה לצדקה לקרן קיימת תמיד מעכשיו אם לא אחזור בי עד לאחר מותי, ואח"כ הלך לדרכו ולא נודע ממנו רק נשמע עליו שמת, והשמועה עליו שמת היה באופן שלא היה בירור גמור אשר יהיה מועיל לירד עפ"ז לנחלה, ובאת אשתו לתבוע מזונות מן השליש מהמעות הנ"ל האם יכולה לקח מן המעות הנ"ל למזונותיה ע"פ שורת הדין:

מקודם נחקור בזה מה היה אם היה בירור גמור שמת, האם יכולה אשתו לתבוע מזונות המגיע לאלמנה מן המעות הנ"ל, ולכאורה הדעת נוטה כיון שכבר מת ולא חזר בו מן מתנתו קודם מיתתו, וא"כ שנתקיים תנאו שלא חזר בו הרי חלה המתנה למפרע מן שעת הקנין, וכיון שהיתה מתנת בריא מקודם וזה קיי"ל לדינא שאין האשה גובה מן מטלטלי דמתנת בריא, ואפי' כתובה אינה גובה מן מטלטלין הנ"ל, וכמבואר באה"ע (סי' צ"ג סעי' כ') והאי מתנה נמי בנ"ד שכיון שמת ונתברר שלא חזר בו, הדרא ממילא לדין מתנת בריא גמורה שחלה מחיים:

א) **אמנם** מה שיש להסתפק בזה והוא דמתנת שכ"מ קיי"ל שאשה גובה כתובתה ומזונות מהם וכמבואר באה"ע (סי' צ"ג וחו"מ סי' רנ"ב) והאי מתנת בריא שנתונה מנכסיו אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה עלה נאמר בגמ' ב"ב (קנ"ה ע"ב) איזהו מתנת בריא שהוא כמתנת שכ"מ וכפי' ר"ת שם בתוס', וא"כ לכאורה יש לומר שדינה ממש כמתנת שכ"מ לכל הדינים של מתנת שכ"מ וממילא גם בע"ח יגבו ממנה:

אך כאשר נעיין במקור דין זה שגובין חובות מלוה ע"פ וכדומה ממתנת שכ"מ משם יראה להיפך לענין מתנה הנ"ל, והוא דהא בב"ב (קנ"ג ע"א) בעי הגמ' למימר לפי הס"ד שגם מן מתנת שכ"מ אין אלמנה ניזונית, רק דדחי הגמ' בק"ו השתא ירושה דאורייתא אלמנתו ניזונת מנכסיו מתנת שכ"מ דרבנן מיבעיא, וכיון שכל היסוד שגובין חובות ע"פ ממתנת שכ"מ הוא מצד שמתנת שכ"מ דרבנן, א"כ במתנת בריא מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דזה הוה מתנה גמורה מדין תורה דהא המתנה חלה כל שלא חזר בו ממתנתו קודם מיתתו, מאין נאמר שיהיה חוב ע"פ גובה הימנה כמו מיורש, וכי תימא דהאי מתנה נמי כיון שיש בידו לחזור כל שעה אין נחשב זה מתנה מן הדין של תורה דאימתי קא גמרה לאחר מיתתו ואז אין מתנה לאחר מיתה, וכל כח מתנה זו של מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה הוא רק מדרבנן כעין מתנת שכ"מ, ז"א, דהא מצינו גם בקידושין (נ"ט ע"ב) במהיום ולאחר ל' יום לדעת רב דמספקינן בתנאה ופירש"י מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר ל' יום, וחשבינן זה לקידושי תורה מעת שנתקדשה ומפקעת קידושי שני שנתקדשה אח"כ קודם ל' יום אי הוה ברירא לן דתנאה הוה. — הן אמת שהרמב"ן הובא דבריו בחדושי הרשב"א לקידושין שם כתב לחלוק על פירש"י הנ"ל וזה לשונו שם לא מצינו מעכשיו שיהיה יכול לחזור בו, עכ"ל, וא"כ לכאורה נוטה דעתו שכל זמן שאומר שיהיה בידו לחזור, לא חשבינן לזה שום חלות מעכשיו דאין שייך לומר שקידש או נתן וכדומה אחרי שבידו לחזור, ואין דומה לשארי תנאים הגם שהמה תלוים ביד הנותן או המגרש משום שאינו בגוף עיקר המעשה, ז"א, חדא שגם אם נאמר שדעת הרמב"ן כן הוא הא הרשב"א חולק על שיטת הרמב"ן ומסכים לפירש"י, ועוד דכד דייקינן שפיר בלשון הרמב"ן והמביאים דבריו אין כוונת דבריו שלא יועיל מעכשיו אם לא אחזור בו שיחולו הקידושין למפרע כשלא חזר בו, רק כוונת הרמב"ן שכתב „שלא מצינו מקדש מעכשיו שיהיה בידו לחזור" פירושו שאין משמעות לשונו כך, וראיה לזה שהר"ן העתיק ג"כ דברי הרמב"ן וכתב בזה"ל שאין משמעות תנאו חזרה כלל, וא"כ לדינא כולם מודים לדעת רש"י שחשוב קידושין גמורים מעכשיו מד"ת הגם שבידו לחזור, וכן נראה להביא ראיה מהא דאיתא בקידושין (י"ט ע"ב) גבי קידושי יעוד לרבנן דאמרי מעות הראשונות לקידושין ניתנו, דמדמה זה הגמ' שם בברייתא שחשיב זה כמעכשיו ולאחר ל' יום שאם בא אחר וקדשה שמקודשת לראשון, והתם גבי יעוד הרי ביד המקדש הוא האדון לחזור עד שמיעדה שבידו תלוי ליעדה או שלא ליעדה ואפ"ה חלין למפרע, הרי שגם מה שתלוי ברצון המקדש ובידו לחזור, מ"מ הוה קידושין למפרע, וא"כ לענין ממון נמי כל שנתן מהיום אם לא אחזור בו וכו' הוה קנין גמור למפרע ולא מצד התקנה, ועוד מוכח שזה נחשב מתנה גמורה מה"ת כשלא חזר בו, דהא כל הענין של מתנת שכ"מ שעשו חז"ל תקנה בזה שתהיה קיימת הוא כדי שלא תטרף דעתו עליו, משמע שלולא האי טעמא אין כאן מקום לתקנת חכמים, וא"כ בבריא שאין כאן טעם זה למה יהיה בזה תקנה מדרבנן, וא"כ דעת תורה נוטה שהאי מתנה של מהיום אם לא חזר בו עד לאחר מיתה ולא חזר בו, הוה ליה מתנה גמורה למפרע מחיים ע"פ דין תורה, איברא שיש לומר נהי שק"ו ליכא על מתנה זו שנימא השתא ירושה דאורייתא כו' כמו דאמר הגמ' על מתנת שכ"מ, מ"מ נדמה זה לירושה דאורייתא שכמו מירושה דאורייתא בע"ח גובה, ה"ה מהאי מתנה שנגמרה לאחר מיתה שאז נגמר זמן החזרה גובה בע"ח ממתנה הלזו:

מ"מ פשטן של דברים אין נוטה לומר כן דהא באמת סברת רב אדא בר אהבה היה שגם מתנת שכ"מ עדיפא מירושה לענין שלא תגבה מזה האלמנה מזונותיה, הגם שידע זה רב אדא שמתנת שכ"מ מדרבנן וירושה דאורייתא, רק טעמיה הוה משום דשם מתנה עדיפא לענין שלא יוגבה ממנה לבע"ח משום דנו"מ רשות אחרים הוא על זה, וע"ז הקשה רבא דנו"מ הוה ק"ו דנהי שיש מעלה למתנת שכ"מ שהיא מלתא דמתנה, מ"מ הא הוא דרבנן ולא יוגרע ממנה ירושה שהיא מדאורייתא

מדאורייתא, נמלא שכוונת רבא בקושיתו על רב אדא בר אהבה שגירעון מתנת שכ"מ שהיא מדרבנן לגבי ירושה דאורייתא הוא יותר ממעלתה שיש עליה שם מתנה, וא"כ ממילא לענין מתנה מעכשיו אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה שהוא מתנה מה"ת, גם רבא יודה לסברת רב אדא שהיא עדיפא מירושה מפני שיש עליה שם מתנה וגם היא מה"ת וממילא לא תגבה ממנה האלמנה את מזונותיה. — ואף שהתוס' בכתובות (מ"פ ע"ב ד"ה הוא) כתבו לענין מתנה אם האשה ניזונת ממקבל מתנה שאפשר לומר בהא דאמרינן בב"ב (קל"ג הנ"ל) מתנת שכ"מ דרבנן לא כש"כ שלגבי מקבל מתנה שהוא מדאורייתא נהי דכש"כ לא הוה ה"ה מיהו הוה דלא אלים כח מתנה מכח יורשים, וא"כ גם לפי מסקנת דבריהם שאין בע"ח על פה גובה ממתנה, נאמר דהני מילי במתנה חלוטה בחיי הנותן, אבל מתנה הל"א נאמר ג"כ שאם אין כאן ק"ו מירושה מ"מ ה"ה מיהו הוה ויהיה כמו ירושה שבע"ח גובה מזה גם מלוה ע"פ שגובה מן היורשים, מ"מ לאמתת הדבר נראה שנקטינן הגמ' כפשטא שרק משום דמתנת שכ"מ דרבנן הוא, למדין בק"ו מירושה, אבל במקום שהוא מדאורייתא אין לנו מקום להוליא מחזקת המקבל מתנה, אחרי שלא נמלא בגמ' בפירוש, וכן מסיגנון דברי התוס' לפי שסוברים מתחלה הטעם שממקבל מתנה אין גובה מפני שהוא מדאורייתא, ממילא יהיה דין זה גם במתנה אם לא אחזור כיון שהוא מדאורייתא אין חוב ע"פ גובה הימנה, ממילא גם לפי המסקנא של התוס' שהביאו ממקום אחר ראיה שבע"ח ע"פ אין גובה ממקבל מתנה, אף שאין משם ראיה לענין מתנה אל"א, מ"מ מסתברא שהכל דין אחד אחרי שבאמת אין גובה ממקבל מתנה ה"ה שאין גובה ממתנה אם לא אחזור, וסיגנון דברי התוס' ג"כ נוטה שלפי האמת נקטינן הגמרא כפשטא שכל שהוא מדאורייתא אין בע"ח ע"פ גובה מזה:

ב) **עוד** נראה לענ"ד להוכיח מדברי הרי"ף ז"ל שכתב בפ' יש נוחלין הטעם שגובה האלמנה מזונותיה ממתנת שכ"מ, משום דמתנת שכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה כרבא דפליג אאביי דאמר עם גמר מיתה, ומשום דמזונות אלמנה ומתנת שכ"מ תרווייהו תקנתא דרבנן נינהו ובהדי הדדי קאתו לאחר גמר מיתה הלכך לא דחייא חדא מנייהו לחברתה ותרווייהו קנו, עכ"ל הרי"ף. והנה דברי הרי"ף לריך ביאור מאי הוה גרע לו אם היה הדין כאביי דאמר מתנת שכ"מ קונה עם גמר מיתה, הא שיעבוד האלמנה למזונותיה חל מעת שנשאה שהוא מתנאי כתובה ואי משום שלא בא זמן הגביה הא גם לאח"מ לא בא עדיין זמן הגביה דהא היא גובה ממתנת שכ"מ מזונות כל ימי חייה, והיא אינה יכולה לגבות לקח המזונות רק לפי מה שהיא לריכה עכשיו כדאיתא בכתובות (נ"ז ע"א) ולוקח מפרנס אחת לשלשים יום, ומכירתה הוא רק לששה חדשים. ונראה לענ"ד שדברי הרי"ף בנוים על עומק הסברא דודאי מחיים אין חל שיעבוד מלוה ע"פ על הנכסים יהיה מאיזה טעם שיהיה, אם מטעם שיעבודא לאו דאורייתא או מטעם שחז"ל עקרו השיעבוד מהנכסים במלוה ע"פ רק השיעבוד אקרקפתא דגברא הוא הבע"ח המתחייב בהדבר, שאין אנו יכולים לומר שהנכסים נשתעבדו שהרי הוא יכול להפקיען למוכרן או ליתנן, וכל שהבע"ח מוכר או נותן אין שייך לומר שמפקיעין שיעבוד החוב המגיע להאשה דהא החיוב על בעלה מונח והוא יכול להשיג עוד נכסים אחרים לפרוע מהם החיוב המוטל עליו, ולכן אם היה מתנת שכ"מ קונה עם גמר מיתה שהוא ברגע אחרונה מן ימי חייו אז לא היה נחשב עקירת התקנה דמזונות שעדיין הוא מונח אקרקפתא דגברא ולא על הנכסים, משא"כ אם אינה קונה רק לאחר מיתה אז הוא עקירה לגבי תקנת מזונות שאז אין חיוב רק על הנכסים, ואז הוה שפיר הפקעה בהמתנת שכ"מ מעיקר השיעבוד של תקנת מזונות שהרי אין מקום אחר שיהיה עליו חיוב מזונות האלמנה כ"א על הנכסים, זהו הנראה לענ"ד בביאור עומק כוונת סברת הרי"ף ז"ל. — ועתה נשוב להוכיח לדינא במתנה של מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה האם תגבה האשה מזונותיה לפי סיגנון לשון הרי"ף ז"ל, שכל הטעם שהיא גובה ממתנת שכ"מ הוא מפני שאינה קונה רק לאחר גמר מיתה ותרווייהו הוו דרבנן, ע"כ אין דוחה את תקנת מזונות, וא"כ בנידון של מהיום אם לא אחזור דהוה מתנה מה"ת וכמש"כ נראה ודאי דדחי את תקנת מזונות שהוא מדרבנן, ובלא זה נראה ג"כ לומר שאין גובה, דהא ודאי במהיום אם לא אחזור בי כו' נראה דהקנין הוה עם גמר מיתה ולא לאחר מיתה, שסברת ענין עם גמר מיתה כבר ביארנו פירושה שהוא רגע אחרונה שאז נתברר שאינה בחזרה שלא חזר מהמתנה, דהא זה פשיטא שגם לאביי יכול לחזור במתנת שכ"מ כל ימי חייו, וא"כ במהיום אם לא אחזור אז ברגע אחרונה נתבררה המתנה שלא חזר במתנתו וממילא חלה המתנה למפרע, הרי לנו הוכחה מדברי הרי"ף שהאשה אין גובה מזונותיה באלמנותה ממתנת בריא שנתן לה מהיום אם לא אחזור בי ומת כאשר נתבאר. — ובאמת מה שהרי"ף הוסיף טעם שלא הוזכר בגמ' דהא בגמ' איתא הטעם משום דגמרינן ק"ו מירושה דאורייתא למתנת שכ"מ דרבנן, ולמה הולרך הרי"ף להוסיף טעם משום דאינו קונה רק לאחר מיתה וע"כ דחייא תקנתא דרבנן של מזון האשה והבנות לתקנתא דמתנת שכ"מ, ובאמת כ"מ מזה לדינא לענין נידון דידן שהוא מדאורייתא רק שחלה לאחר מיתה שאז א"א לחזור בו [לבד מה שכתבנו לחלק דהתם במתנה א"ל אחזור שהוא נחשב עם גמר מיתה] ונאמר דילפינן זה בה"ה מירושה דאורייתא וכמש"כ התוס' בכתובות. ואיך שיהיה למה הולרך להוסיף ולא כתב בפשיטות כמה דאיתא בגמ'. ונראה לענ"ד לומר שבאמת יש לדקדק בלשון הגמ' דקאמר רבא לרב אדא ב"א השתא ירושה דאורייתא אמרת אלמנתו ניזונת מנכסיו מתנת שכ"מ דרבנן מיבעיא, ומלשון „אמרת" משמע שכל קושית רבא לרב אדא הוא מדבריו בעלמו שאמר אם ראוי ליורשו אלמנתי ניזונת מנכסיו, ולולא זה לא הוה קשיא ליה על מה שאמר שבמתנת שכ"מ אין אלמנתו ניזונת מנכסיו וכי היינו אומרים שגם מירושה דאורייתא אין אלמנתו ניזונת מהנכסים, הלא משניות שלימות שהאלמנה והבנות ניזונות מיורשים ולא משכחת דין מזון האשה והבנות אלא מיורשים, והכי הו"ל לרבא למימר השתא ירושה דאורייתא אלמנתי ניזונת מהנכסים. ע"כ נראה לענ"ד לומר דודאי לולא דברי רב אדא דאמר אם ראוי ליורשו אלמנתו ניזונת מנכסיו לא הוה קשיא לן גם אם היינו אומרים דאין אלמנה ניזונית ממתנת שכ"מ מדוע ניזונת מירושה, שהיינו יכולים לומר דשאני מתנת שכ"מ משום שהבעל הפקיע החוב של מזון האשה והבנות מן המתנה שנתן להמקבל מתנה וזה יכולת בידו להפקיע לעשות את הנכסים משועבדים שלא יוגבה מהם חובות ע"פ, משא"כ ירושה ממילא וע"כ אין יורש מה שנשתעבד למזון האשה והבנות, ויורש את הנכסים ואת החוב המוטל עליהם, אלא דכל קושית רבא מהא דאמר אם ראוי ליורשו אלמנתו ניזונת מנכסיו הגם שמורישו נתן לו בפירוש שדה זו בתורת ירושה שזה יכולת בידו להנחיל לבניו לכל מי שירלה כר"י ב"ב מה"ת וא"כ יכול לומר זאת הנחיל אותי מורישי ואת החוב לא ירשתי על הנכסים, שזה לא הנחיל אותי, מ"מ לא אמרינן הכי רק שאלמנתו ניזונת מהירושה גם מה שהנחיל לו בפירוש הנכסים אלו וע"ז פריך רבא השתא ירושה דאורייתא „אמרת" שאתה אומר אם ראוי ליורשו אלמנתו ניזונת מנכסיו, והיינו טעמיה שחכמים תקנו לקח מיורשים והפקעה לא מהני, וכש"כ שלא מהני הפקעה בדרבנן, ולכן ביאר הרי"ף הטעם משום דחשיב רק נתינה לאחר מיתה ולכן לא מהני הפקעה משום דרבנן אין יכולים להפקיע תקנה הקדומה משום דאתיין בהדי הדדי, אבל אם היה חל מקודם שפיר היה מועיל ההפקעה, זהו הנראה לענ"ד בביאור דברי הרי"ף. — ויש לעיין

לעיין בדין זה בדברי הרמב"ן בחידושיו למס' כתובות הנקראים בשם חי' הרשב"א (בדף מ"ט ע"ב) שכתב אהא דהכותב נכסיו לבניו הוא ואשתו ניזונות מהם לפי הס"ד, דפריך שם הגמ' גדולה מזו אמרו וכו' אלמנתו ניזונת מנכסיו כו' וכתב הרמב"ן למסקנת דבריו וז"ל, ונראה דמעיקרא לטעמיה אקשי ליה והכי קאמר כיון דאמרת דאומדן דעתא הוא שלא נתן לו אלא ע"מ שיזון מנכסיו, וכיורש משווית ליה שלא היה דעתו אלא שיקנה גופן מהיום ופירות לאחר מיתה במאי דמשייר על מזונותיו שלא יקנו אחרים אבל הוא ניזון מן הגוף א"כ אלמנתו נמי תיזון מהם והיכי אמרת אשתו, עכ"ל יעו"ש, הרי דעת הרמב"ן דס"ד דהגמ' לפי מה דאמרינן שמשייר לעצמו לכל הצטרכותיו לכל ימי חייו ואין מקנה רק מה שמשייר אחר ימי חייו בכהאי גוונא אלמנתו נמי נזונת מהם, הגם שמתנה זו חלה מחיים ומה ששייר נתברר שקנה למפרע, וה"נ במהיום אם לא אחזור נמי הדין כן שהרי משייר הכל לעצמו לעשות כל הצטרכותיו. אמנם מ"מ נראה לענ"ד שאין מזה כל כך ראיה שיש לומר דאין הכי נמי אם נותן מתנה בפירוש מהיום אם לא אחזור, כל זמן שלא חזר בו וחלה המתנה למפרע אין מלוה ע"פ גובה הימנה, רק התם הוא נתן מתנה סתם רק שאמדינן לדעתו שנייר להצטרכותיו ולא ולא נתנה רק להוציאה מיורשים אחרים וכדומה, ורק כיורש שוי', באומדנא הזאת נכנס נמי מזונות האלמנה שודאי לא עלה על דעתו שהאלמנה שלו תצטרך לשאול על הפתחים, וראיה להסברא זו בדבריו של הרמב"ן הנ"ל דהרמב"ן סיים שם ומיהו אנן לא קיי"ל הכי, דמדהוה ליה לאתנויי ולא אתני איהו דאפסיד אנפשיה ומחיים נמי קנה גוף וקנה פירות עכ"ל, ולכאורה צ"ע מה תלי הרמב"ן בענין זה אי אמרינן שגוף ופירות הקנה או גוף בלא פירות הא גם בנופא מהיום ופירא לאחר מיתה ג"כ אין בע"ח של מע"פ גובה הימנה, וכמבואר בטוח"מ (בב"י סי' רנ"ב) וכן הסכימו כל הפוסקים, ומה תלי זה בזה, אמנם נראה שכך הוא סיגנון דברי הרמב"ן לפי שהוא נתן סתם מתנתו, רק אם אנו הולכים אחר אומדנא אמרינן שהפירות לא נתן רק הגוף בחייו וגם שייר לו ולאשתו כנ"ל, אמנם אם אין הולכים אחר אומדנא רק כפי דבריו ולשונו אמרינן שנתן במתנה גמורה וחלוטה מעכשיו גוף ופירות, היוצא מכל האמור כי סוגיא דגמ', וסיגנון דברי הרי"ף מוכיחין לנו שמתנה מהיום אם לא אחזור ומת אין בע"ח של מע"פ גובה הימנו כמו בכל מתנת בריא, ומדברי הרמב"ן אין מנגד לזה:

ג) **ברם** הא מילתא צריכא עיונא רבא במי שנתן מתנה בתנאי אם לא יחזור עד אחר יום מותו והמתנה היה מקרקעי מדברים שבע"ח גובה מהם גם ממשעבדי, ואחרי שנתן המתנה לוה בשטר ומת, האם גובה ממתנה זו, אם אנו דנין המתנה למפרע מעת זמן כתיבת המתנה והרי קדמה המתנה להחוב או שאנו דנין על הגמר שנתברר שלא חזר בו ומתנה זו קונה עם גמר מיתה, ויש ללמוד דין זה מסוגית הגמ' בב"מ (י"ט ע"ב) גבי דייתקי ומתנות דהטעם שלא יחזיר שמא נמלך עליהם שלא לתנן אבל אמר תנו נותנין, ופי' התוס' שם בהא דמוקי הגמ' בשכ"מ דבר מיהדר הוא ולכך יהבינן ליה, ה"נ במתנות מיירי בנותן מהיום אם לא אחזור בי, והקשה השיטה מקובלת ע"ז הא אכתי קשה דילמא היה, שכתב המתנה ונשא אשה ואח"כ רוצה להן השטר מתנה זו בכדי שתיקדם להחוב יעו"ש, ותי' שם בשם תלמיד הר"ף דלפיר"י ניחא כיון שמ"מ איכה נגמרת עד לאחר מיתה כדפירש, שפיר יטרפו מינה שהרי שיעבד לו כל נכסיו שיש לו יכולת בהם, והרי יש לו יכולת בזו המתנה לחזור בה כיון שאינה נגמרת רק עד לאחר המיתה ע"כ, הרי דעת שמ"ק דמתנה כזו משועבדת גם לבע"ח שאחר זמן כתיבת המתנה הזאת של מהיום בל"א בי עד לא"מ:

יוד

אמנם דעת הרשב"א שמתנה של מהיום אם לא אחזור כל ימי חיי כל זמן שלא חזר בו יש לו דין מתנה גמורה כמובא בב"י (סי' נ"ט מחו' ה'), שכתב שם אלא א"כ התנה בפירוש שיכול לחזור בו כל זמן שירצה, ומ"מ לא נשתעבדו נכסיו למלוה שהרי הבריחם ממנו וקנאם בעל המתנה עד שיחזור בו הנותן ע"כ, הרי שסובר הרשב"א שמתנה זו מתנה גמורה היא בעת הנתינה כל זמן שלא חזר בו, ובאמת כן מסתבר אחר שדין תנאי זה דאם לא אחזור הוה תנאי גמור ומעכשיו לענין קידושין שהקידושין השניים נפקעים ונבטלים, ולמה לא יועיל לדין ממון שיהיה נחשב כמתנת בריא גמורה כל זמן שלא חזר בו ובע"ח לא יגבה ממנה, אולם בסברת השמ"ק יש לומר שכוונת סברתו הוא מדין חזרה שכל זמן שמשעבד עצמו בסתם אחר כתיבת מתנתו הנ"ל כשהמתנה היה בכל נכסיו דומיא דמתנת שכ"מ אמרינן כיון שמשעבד עצמו בודאי כונתו היא על נכסיו שיש לו בהם יכולת לחזור, וזה דומה כאלו אמר בפירוש שמשעבד אותם לבע"ח הנ"ל שזה היה מועיל בודאי דהא זה היה חזרה גמורה, אמנם במקום שהיה לו בשיור נכסים ודאי דלא נימא הכי דהא השיעבוד יכול לחול על הנשאר לו גם שאח"כ נשתדפו, מ"מ מן המתנה לא יגבה [ואם נשאר לו קצת נכסים והחוב שנשתעבד היה יותר משכום שיווי הנכסים שנשייר יש לעיין אולי באופן זה אין כאן חזרה מהא דקטינא דאביי] וא"כ יכול להיות דהרשב"א והשמ"ק בשם תלמיד הר"ף לא פליגי אהדדי שהשמ"ק מיירי בכתב כל נכסיו דומיא דמתנת שכ"מ, והרשב"א מיירי במקום שהיה שיור דאז השיעבוד שנשתעבד אין בזה חזרה וכמש"כ, וממילא אין גובה מהמתנה כל זמן שלא חזר בו. — אמנם בהגהמ"ר דב"ב פרק יש נוחלין (אות תרס"ה) מביא שם אהא דקאמר הגמ' השתא ירושה דאורייתא כו', וז"ל הר"ר יעקב מברי"א היה רוצה להוכיח דכתובת אשה ובע"ח נגבין ממתנת שכ"מ היכא דכתיב בשטר מהיום ולאחר מיתה, כיון שאם רצה חוזר אין זה מתנה ומביא ראי' מסוגיא דב"מ שהבאנו לעיל, הרי אנו רואין שהגמ"ר לא אתי עלה מטעם חזרה, רק מטעם שכיון שאם רצה חוזר אין זה מתנה לענין זה שחל שיעבוד עליה, אמנם מ"מ נראה לענ"ד שכוונת ה"ר יעקב הנ"ל הוא לענין כתובה לגבות ממקרקעי שכל זמן שאפשר בחזרה חל שיעבוד על הנכסים [וחולק בזה על הרשב"א שהבאנו לעיל] אבל לענין גביה ממטלטלים ואפי' ממקרקעי בחיוב מזונות שאין נגבה ממשועבדים, יכול להיות שגם ה"ר יעקב הנ"ל מודה למה שהוכחנו משיטת הרי"ף שכל שהדבר נגמר עם גמר מיתה שהרי מתנה זו אינה תלויה רק מטעם חשש חזרה, נפקא ממילא ממנה חיוב המזונות, כמו כל מתנת בריא שמפקעת שיעבוד מזונות, וקצת ראיה לזה שהרי ההגמ"ר קאי עלה דהגמ' דאלמנתו ניזונת מן נכסיו ולמה בהא דינא דה"ר יעקב לא זכר מדין מזונות רק נקט בדבריו אכתובה ובע"ח, מוכח מזה כמו שכתבתי שבמזונות מודה שאין גובה מפני שהמתנה מוקדמת:

ד) **אמנם** מלאתי במרדכי פ' יש נוחלין (אות תקפ"ה) עלה דהאומר תטול אשתי כאחד מן הבנים, שמביא שם מה שפסק ר"מ באחד שנתן לבתו ולחתנו במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה לטול כאחד מן הזכרים שכתב שם לענין כתובה שיטול חלקו אחר פרעון הכתובה כו', וכתב שם ולא מלי למימר הואיל שכאן מתנתו מתנת בריא ולא מתנת שכ"מ מדלא כתב בה מהיום אם לא אחזור בי וכתובה אינה גובה ממתנת בריא כמו שפיר"י בפ' נערה כו' יעו"ש הרי מוכח דעתו שאם היה שם כתוב בה מהיום אם לא אחזור בי היה מסכים שכתובה גובה ממתנה כזו, וניחזי אנן היכי מיירי אם במקרקעי וחיוב הכתובה היה אחר זמן כתיבת המתנה, זה אינו במשמע שהרי כתב כמו שפיר"י בפ' נערה ושם מיירי לענין מטלטלי דמתנת בריא שנתנן לאחר חיוב הכתובה דאלו

במתנה

במתנת בריא שקודם הכתובה לזה לא היה צריך ראיה, וא"כ דמיירי לענין מטלטלין ואפ"ה טורף מהם כתובת אשה לאחר מיתה הרי מוכח דעת רבינו מאיר שמתנה של מהיום אם לא אחזור היא נידון כמתנת שכ"מ ממש. — ובכדי ליישב דברי הר"מ אשר באמת הוא פלא למה יהיה לה דין מתנת שכ"מ גמורה אחרי שהיא חלה מחיים במתנת בריא מדין תורה, וכמש"כ לעיל, ע"כ נראה לענ"ד דהר"מ לשיטתו אזיל שפסק שגם בריא יכול לחלק נכסיו לאחר מיתה, וחלה מדין מתנת שכ"מ יעו"ש במרדכי שהביא זה בשם ר"מ (אות תקנ"א ותקנ"ב) והביא ראיה מהא דמהיום אם לא אחזור עד לאחר מיתה וסיים וכש"כ היכא דלא אמר מהיום יעו"ש, ונראה לומר שבודאי כוונת הרמב"ן כן הוא היכא שבריא נותן כל נכסיו לאחר מיתה דין מתנת שכ"מ יש בזה אבל לא בנותן מקצת נכסיו, וכן בכותב מהיום אם לא אחזור בו נמי יהיה כן הדין, שהיכא שהוא מקצת נכסיו יש לזה דין מתנת בריא גמורה בתנאי וכמו שכ' לעיל שהרי קידושין ג"כ חלין בכה"ג ומפקיעין קידושי שני, אבל בנותן כל נכסיו מהיום אם לא אחזור האומדנא שאין אדם רוצה לתן כל נכסיו מחיים, היא מחזקת לנו שמעולם לא היה כונתו שתגמר מחיים רק תתחיל מחיים ותגמור לאחר מיתה, וע"כ לא חלה מה"ת ומדין מתנת שכ"מ אתינן עלה גם בבריא זהו הנראה בדעת מהר"מ, ולכן גם שם בעובדא שבאות תקפ"ה בנותן לחתנו ובתו כאחד מן הבנים דמיא כמו כותב כל נכסיו שהרי כלל כעת על הנכסים שיש לו בשלימות אותו וכל בניו, זהו הנראה לענ"ד בביאור דברי מהר"מ, ועיין בתשובות מהר"ס פאדווא שהאריך בביאור דברי מהר"מ בסי' כ"ב יעו"ש:

ה) **ועתה** נחקור לדינא בנ"ד לאחר שמת הנותן. הנה לדעת הרשב"א ולדעת הרי"ף שהוכחנו מדבריו מלתא דפשיטא שאין גובה מזונות מן מתנה זו וכמש"כ, ולדעת הסמ"ק וה"ר יעקב מברי"א שבהגמ"ר הראנו פנים שיודו בזה לדעת הרי"ף, ואף דעת הר"מ גם כן ישבתי שיודה בזה בנ"ד שלא היו כל נכסיו שהרי נתן סך מסוים, ומי יודע שמא היה לו עוד וכמו דאמרינן בב"ב (קמ"ט ע"ב) שכ"מ שכתב כל נכסיו מתנתו קיימת חיישינן שמא יש לו עוד נכסים במדינת הים, ומי יודע ג"כ בנ"ד שמא יש לו עוד ממון ביד אחר. — ולו גם אם נאמר שלדעת הר"מ שגם במתנה במקצת במהיום אם לא אחזור יגבה מזונות מהם שנחשב כמתנת שכ"מ לכל מילי, מ"מ הא במתנת שכ"מ ממש במטלטלין מביא רמ"א באה"ע (סי' צ"ג סעיף כ') שיש אומרים שאין ניזונת מהם, והבית מאיר שם כתב והאריך לחזק דעת זה ופסק שאין מוציאין מיד המוחזק, ובפרט בנ"ד שלדעת הרשב"א והרי"ף פשיטא שאין גובה מהם למזונות דהוה כמתנת בריא גמורה לענין זה, ודאי שאין להוציא מחזקת הלדקה שהיא מוחזקת בהממון. — אמנם בעודנו בחיים לדעת הרשב"א ודאי שאין מוציאין למזונות ממתנה כזו כל שלא חזר בו, אך לדעת ה"ר יעקב מברי"א ורבינו מאיר אפשר שמוציאין למזונות, אם נאמר דאינהו לא מיירי דוקא בכתב כל נכסיו, ודעת הסמ"ק שכתבנו לעיל שמטעם חזרה אתינן עלה בודאי במזונות אין כאן סברת חזרה שהרי קדם חוב של המזונות להמתנה ולכן בזה יודה הסמ"ק לדברי הרשב"א שאין מוציאין לחוב ממנו, וכיון שדעת הרשב"א מבוררת לנו שכן הוא שנחשב כמתנה גמורה כל זמן שלא חזר בו ודעת החולקים עליו לא ברירא לן כל כך אם הם חולקים על הרשב"א, בזה ודאי שאין להוציא מיד המוחזק נגד הרשב"א:

ובלא"ה נראה לענ"ד שגם אם נאמר להלכה כדעת החולקים על הרשב"א ובעודנו בחיים נגבה למזונות ושארי חובות מן מתנה כזו, מ"מ כבר בררנו בעז"ה שלאחר מיתה ראוי לפסוק הדין שלא לגבות מן המתנה הלזו, ובנ"ד שנשמעו בו שמת בקול וגם מכתב מטשארנאביל (עיין בס' עין יצחק השני סי' ע' והיא עובדא זו) רק שלא היה מקוים בקיום ב"ד שמלאו הרוג (ולא הכירוהו) שלא נשאר ממנו רק גולגלתו ומקצת מאבריו עם תרמילו שהיה מונח שם חפליו הידועים לו היינו הפאס שלו והשט"ח שהיה לו ת"י על סך חמשים רו"כ בכ"י ות"י השלים ממעותיו זו"ז גם הקויט שלו ומאז כאבד זכרו שדרכו היה לבוא בכל שנה לקח פאס מעיר מולדתו (וגם היה תמיד דרכו לבוא למקום של השלים הנ"ל שהניח המעות ת"י לעשות חשבון עם השלים על הריוח) שהוא רגלים לדבר שמת, וא"כ היאך נוציא מן הלדקה המוחזקת, למזונות שמא מת, ואם כי שמא מת לא חיישינן מ"מ הכא שאיתרע חזקתו ודאי דחיישינן, וזה דמי לספינה המטורפת ועיר שכבשוה כרכום שנותנים חומרי חיים וחומרי מתים, ובפרט שחזקת ממון היא חזקה אלימתא שהרי גם ברוב אין מוציאין, וכאן היה תפיסה ברשות ע"פ הסכם ב"ד שיהיה מונח בהלדקה שנכתב במתנתו שהקרן קיימת, ויעויין בספר מעיל לדקה (סי' מ"ח) בעובדא דידיה שהיה שם, שחושש שמא מתה האשה מחמת שניםבית ושייכים המעות ללדקה הגם שמגיע נזק להבעל מן הפירות שמגיע לו מלד הדין, אמנם שם לדינא העלה שאין להוציא מחזקת הבעל שגם היה המעות ביד הבעל משום שמא לא מתה, ומשמע מדבריו אילו היה בחזקת הלדקה ודאי שלא היה בכח להבעל להוציא משום שמא מתה מחמת שניםבית, וכמש"כ התוס' ב"מ (ל"ט ע"ב) ד"ה דילמא שכיבא סבתא, וק"ו בנ"ד דעדיפא מחששא שניםבית וקרוב להיות שאלו היו חוקרים שם היה גב"ע כד"ת שהיה נידון בחזקת מת ברור ודאי שאין להוציא מחזקת הלדקה משום שמא לא מת, ובפרט שלדעת הרשב"א אינו גובה גם אם הוא עודנו בחיים וכמו שנתבאר ודו"ק:

סימן ג

מנ"א תרנ"א באלטרומאנין.

ע"ד עובדא דאתא לקדמאי.

ראובן ואשתו יוכבד קנו בית משמעון וכתבו בהשטר קנין שהיה בח"י המוכר שמעון בזה הלשון שהמוכר הקנה „להזוג הנ"ל במכירה גמורה להם ולב"כ ויו"א עד עולם" ובסוף השטר אחרי שנתבארו אופני ופרטי המכירה נכתב כך, ומפורש הותנה שיהיה כך שכל ימי חייהם של הזוג הנ"ל שייך להם בשותפות ומה שמבואר מעל"ד ליורשים אחריהם היינו שהם יורשי שניהם ולא ליורשי ר' ראובן הנ"ל שיש לו מאשה אחרת ולא ליורשי האשה הנ"ל שיש לה מבעלה הראשון, אבל אם ירצו הזוג הנ"ל למכור הבית שלהם יש להם רשות למכור בשותפות ונעשה הכל בקגא"ס באופן היו"מ כו' ומעכשיו בבד"ח, וע"ז חתם המוכר הבית להזוג הנ"ל וקיימו זאת הרב הגאב"ד המנוח זצ"ל דפה בצירוף הרב הד"ל נ"י. והנה הזוג הנ"ל שבקו חיים לכ"ח האשה קודם ואח"כ בעלה ונשארו שלשה בנים מהזוג הנ"ל שנים מהם שנולדו קודם כתיבת השטר ואחד שנולד אחרי כתיבת השטר מכירה הנ"ל וגם העיבור היה אח"כ, ולבד השלשה בנים שמן הזוג הנ"ל יש לו לאביהם המנוח עוד בן גדול מאשה אחרת הקודמת. — והנה נשאלנו ע"ז אם הבית שייך רק להשלשה בנים שמשניהם כפי הכתב הנ"ל, והנה מלד שכתב בהסכם אביהם שהבן שמאשתו הראשונה לא יירש, זה בודאי אין מועיל דהא שלא יירש בני אין זה מועיל כדאיתא בב"ב (במשנה קכ"ו ע"ב) וגם אם נאמר שזה הלשון חשוב כאומר שאותם הבנים יירשו אותו וכמו דקי"ל כר"י בן ברוקה שאם אמר פלוני בני יירש הכל

הכל שמועיל זה, מ״מ הא קיי״ל דבבריא לא מהני זה כדאיתא בחו״מ (סי׳ רפ״א סעי׳ ה׳):

א) **אלא** שמ״מ יש לדון לקיים הענין הזה מטעם שזה דמי כאומר נכסי לך ואחריך ליורשיך או לפלוני, ואף דאמרינן שהכותב בשטר מכירה שמוכר לך וליורשיו אחריו לא חשוב זה כאומר ואחריך ליורשיך משום דהוה זה רק כשופרא דשטרא, כדאיתא ברמ״א (בסי׳ רמ״ח סעי׳ ז׳) ודבריו לקוחים מגדולי הראשונים שמובא בשמ״ק בשם הרשב״א (דף קכ״ה), מ״מ בנ״ד שנאמר בפירוש שמה שמבואר ליורשים אחריהם היינו היורשים של שניהם ביחד ולאפוקי יורש של הבעל ויורש של האשה, וגם הוצרך לחזור שאם ירצו למכור היינו הזוג הנ״ל ביחד יש להם רשות, נראה שכוונת של כתיבת השטר הנכתב ע״פ רצון הקונים שיהיה בזה בדווקא שאופן קנייתו של הקנין הלזה הוא על אופן זה שיהיה הזכות ליורשים של שניהם אחריהם שיהיה להם הקנין בזה, וגם שמלבד זה הוצרך לחזור הדבר שיהיה להם רשות לשניהם ביחד שלא יהיה זה ככל אחריך לפלוני שלכתחלה אין להם רשות למכור, הגם שלכאורה יש כאן סתירה הא זה קיי״ל שכל האומר אחריך לפלוני אין לו רשות לתן במתנת שכ״מ וכאן כתבו בתחלת לשון השטר שיש להם רשות למכור ולהוריש לכל מי שירצו הזוג הנ״ל וא״כ בטל הוא לשון האחריך שאנו דנין על זה, אמנם באמת שלוא אם נאמר שלשון האחרון שבסוף השטר מראה שרק אם ימכרו לאחר בזה יש להם רשות אבל זו״ז שייך להיורשים של שניהם סותר להלשון שנאמר מקודם שיש להם רשות להוריש למי שירצו הולכים אחר לשון האחרון ונאמר שבסוף השטר ביארו ביתר עוז שרק למכור יכולים אבל בירושה ישאר רק ליורשי שניהם, ועוד שכיון שבסוף השטר נאמר שהיה ע״ז קגא״ס יראה מלשון זה שהיה הקנין על כל הדברים הנאמר בהשטר וממילא אין לנו לומר כ״א באופן זה שמקנה להם המוכר הבית להם בחייהם ואחר מותם יהיה להיורשים, וממילא א״א להם להוריש לאחר על לאחר מיתה שהרי כבר קדם זכותם כדאיתא בגמ׳ ב״ב (קל״ז ע״א). — אמנם באמת יש ליישב הלשון שלא יהיה סתירה מה שנאמר מקודם שיש להם להוריש למי שירצו, היינו שיתנו בחייהם במהיום אם לא יחזרו קודם מותם שזה חשוב בלשון בני אדם כענין ירושה שהרי תכלית הנתינה על לאחר מיתה, ונתינה כזו שחל למפרע מחיים מבטל זה להאי נתינה דאחריך אבל כל זמן שלא נתנו לאחר בחייהם ולא מכרו ממילא נשאר הקנין שהקנה לאחריך, היינו ליורשי שניהם, וכן יש לפרש שמה שנאמר שיש להם רשות להוריש ולהנחיל היכא שיבוטל קנין האחריך המבואר בשטר, דרך משל שימותו היורשים האלו אשר נתן להם אחריהם שאז יהיו יכולים להוריש ולהנחיל לאחרים, אבל כל זמן שיהיו היורשים שניהם המבואר בסוף השטר יהיה להם כפי מה שביאר בסוף השטר:

ב) **אך** מה שיש לחקור בנ״ד והוא משום שאחד מהבנים שהוא מיורשי שניהם נולד אחרי כתיבת השטר כמה שנים, וא״כ לנולדים שהוא למי שלא בא לעולם לא חל הקנין כלל, וא״כ כיון שהוא נכתב בהשטר לכל היורשים ולאחד מהיורשים של שניהם לא חל הקנין וא״כ ממילא נשאר זה בתורת ירושה כד״ת וחל בזה גם לאחיהם שלא מן האם רק מן האב חלק בזה גם שלאמם היה ג״כ נחלה בזה, מ״מ כיון שהיא מתה קודם זכה בזה אביהם מטעם שהבעל יורש אשתו וחלק הבן שלא חלה עליו הקנין נשאר לכל היורשים של אביהם, ויהיה בזה הדין כמו דקיי״ל (בסי׳ ר״י) דהאומר קני את וחמור או את והעובר קונה מחצה, גם יש לדון קצת בזה שאולי עבור זה יובטל כל הנתינה להיורשים לפי דעה הראשונה ברמ״א (סי׳ ר״ג סעי׳ ט׳) בהחליף מעות ומטלטלין או מעות וקרקע ביחד די״א הואיל וקנין חליפין אין קונה במטבע נתבטל כל הקנין, ועיין בהגר״א ז״ל שחילק

זה מן הא דאת וחמור מפני שכאן מיירי שכלל בדבור אחד יחד שניהם בזה אף רב נחמן מודה, ובזה יתכן סוגיא דגמ׳ בקידושין (ג״א) דסתמא דגמרא פריך שם הגמרא אי דאמר כולכם קני את וחמור הוא, שהקשו הראשונים שזה אינה אליבא דהלכתא לרב נחמן דקיי״ל הכי דאמר קונה מחלה ועיין בזה בתוס׳ ב״ב (קמ״ג ע״א) ד״ה רב נחמן, ולפי דעה הראשונה שברמ״א הנ״ל שהיכא שהדיבור נכלל בתיבה אחת כולם ביחד גם רב נחמן מודה בזה והתם כלל בלשון כולכם לכולם ביחד, וא״כ לפ״ז גם בנ״ד שכלל כולן בדבור אחד יורשים של שניהם וכיון שמקלת יורשי שניהם לא באו אז לעולם ובטל לגבייהו הדיבור בטל לגבי כולן, ועיין בענין זה בתשו׳ נו״ב (מה״ק חלק ח״מ מסי׳ כ״ה עד כ״ה) בענין כזה. — אמנם נראה לענ״ד לדון בנ״ד ע״פ דברי הרמ״א (סי׳ רמ״ח סעיף ז׳), אמר נכסי לפלוני ואחריו ליורשי והיה לו בשעת נתינה בת אחת ואחר כך נולדו לו בנים י״א שזכתה בהן הבת שלא היתה כוונתו רק על היורשים שהיה לו בשעת הנתינה, כן נראה לי עכ״ל הרמ״א, ועפ״ז נאמר בנ״ד שהבית שייך לאותם שני הבנים שהיו אז בעת כתיבת השטר, אמנם בביאור הגר״א ז״ל (ס״ק כ״ז) כתב על זה כן דקדק בד״מ מדברי הטור שקדם כו׳ וג״ל הטעם הואיל ובשעת המתנה לא היה להו לשאר יורשים לירש כו׳, ודבריו תמוהין והטעם כמש״ל ובהדיא כתב הרשב״ס שם בד״ה ולא היא כו׳ ומעיקרא כי אמר כו׳ [כוונת הגר״א בתיבת כו׳ מש״כ שם לירתאי, לירתאי שיהיה לי במות הזקנה קאמר] עכ״ד, וא״כ לפי דברי הגר״א ז״ל לא קיי״ל כדינא של הרמ״א בזה רק שליורשים של עת חלות המתנה הוא קאמר, וא״כ גם בנ״ד לכל היורשים שבעת מיתתן של הזוג הנ״ל קאמר, אכן אחר עיוני היטב בהסוגיא של מקור דין זה ב״ב (קכ״ד) היטב לשיטת רשב״ם ושארי השיטות שבראשונים יש לדון בזה הרבה, לכן אמינא לבאר בעז״ה הסוגיא דב״ב הנ״ל לשיטות הראשונים הנ״ל וא״כ יתבאר היוצא מזה לדינא בעז״ה:

ג) **גרסינן** בב״ב (קכ״ה ע״ב) ההוא דאמר נכסי לסבתא ובתרה לירתאי הוה ליה ברתא דהוה נסיבא שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא בתר דשכיבא סבתא אתא בעל קא תבע אמר רב הונא לירתי ואפילו לירתי ירתי ורב ענן אמר לירתי ולא לירתי ירתי, והנה רשב״ם פירש בטענותא דרב ענן הכי קאמר ובתרא לירתאי לאותן יורשים שיהיו לו בעולם בשעה שתמות הזקנה אני נותן נכסי, כגון אם היתה בתו קיימת או אחיו או אביו דכל אלו קורא אני בהן ירתאי אבל לא בן בתו דהיינו ירתי ירתאי שמכח בתו הוא בא לירש ולא לבעלה כו׳ שדומה לאומר נכסי לך ואחריך לפלוני שאם מת פלוני ירשו יורשי ראשון, והנה מדברי הרשב״ם נראה דבהא פליגי רב הונא ורב ענן דרב הונא דאמר כאן לירתי ואפילו לירתי ירתי ע״כ יסבור שמה שאמר ובתרא לירתאי הוא כוונתו לאותו שהוא אז ירתאי הוא ברתא דידיה, דאלו היה כוונתו על היורש שיהיה לו בעת שתמות הזקנה מה מהני לן מה דאמרינן בתר הכי אחריך כאומר מעכשיו דמי ולכך ירית בעל, הא מ״מ לבתו לא נתן לה נכסיו אחרי שכוונתו הוא לאותו ירתאי שיהיו לו אח״כ בעת מיתת הזקנה לו הוא נותן מעכשיו והבעל אין נחשב אז ירתאי שהרי אז אין הוא יורש להוא גברא כלל, וא״כ ע״כ צריך לומר לרב הונא שכוונת דבריו מה שאמר לירתאי על ירתי דאית ליה עכשיו, וא״כ בהא דרב ענן דאמר ולא לירתי ירתי כיון דאיהו סובר אחריך לאו כאומר מעכשיו דמי כמו דאמרינן בתר הכי לבני מערבא, למה לנו לומר דפליג אדרב הונא במה שסובר שכוונתו לירתי דעכשיו, והוא סובר דירתאי הוא על היורשים שאז יהיו לו, הא יש לומר שאין הכי נמי שיסבור כרב הונא בזה שכוונתו על היורש שיש לו עכשיו, אך כיון שלא נחשב כאומר מעכשיו וזורש שלו עכשיו לא

נמלא אז בעת מיתת הזקנה, ממילא בטלה אמירתו ובתרה לירתאי לפי שהירתאי שכוונתו היה עליו לא נמלא אז, וכמו דאמרינן בנכסי לך ואחריך לפלוני שאם מת פלוני בחיי ראשון שנשארים הנכסים ליורשי ראשון ולא ליורשי השני, שכל נתינת האחריך אינו בתורת ירושה אם מת קודם מיתת הראשון, וכמו שכתבו התוס' כאן בפירוש שהוא כמו דאמרינן לקמן (קל"ו ע"ב) וכן מורה לשון הרשב"ם במש"כ שדומה לאומר נכסי לך ואחריך לפלוני שאם מת אותו שני ירשו יורשי ראשון, וא"כ קשה למה הוצרכנו לומר שרב ענן חולק על רב הונא בכוונת לשון ירתאי אם לאותו היורש שהוא עתה או לאותו היורש שהוא אח"כ בעת מיתת הזקנה, הא אפשר לנו להשוותם בזה ומטוטי במחלוקת עדיף לן:

ונראה לענ"ד ליישב בזה דהרשב"ם מדייק בלישנא דרב ענן דאמר ולא לירתי ירתאי משמע שלכך בטלה הנתינה מפני שהוא יורש יורשו אבל אם היה אז אחיו או אביו היה שפיר לוקח הנכסים מטעם שאמר במאמרו ובתרה לירתאי, ואם היינו אומרים שכוונת לשונו הוא ליורשו עכשיו גם אביו או אחיו לא היה אפשר לטול הנכסים שהרי הוא כיון רק לירתאי אז שהוא בתו וכיון שבתו מתה בטלה המתנה, ומזה דקדק הרשב"ם דרב ענן פליג גם בהא ארב הונא וסובר דכוונת לשונו לירתאי שיהיה לו אח"כ בעת מיתת הזקנה וכל שנמצא לו אז ירתאי מתקיים אמירתו ובתרה לירתאי, רק משום שלא נמצא לו אז ירתאי ובן בתו לא מיקרי ירתאי לכן בטלה מתנתו, אבל אם היה אחיו או אביו שהמה נקראים ירתאי שפיר הוה ירתי הנכסים שעליהם חל אמירתו ובתרה לירתאי:

אלא דאכתי קשיא לן בדברי רשב"ם בתר הכי, בהא דבני מערבא אמרי הלכתא כרב ענן ולא מטעמיה דאלו רב ענן אע"ג דהוה ליה ברא לברתא לא ירית ולא היא דאלו הוה ליה ברא לברתא ירית ובעל היינו טעמא דלא ירית משום דהוה ליה ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, והנה רשב"ם פירש בד"ה ולא היא דאלו הוה ברא לברתיה ירית הואיל והוא ראוי לירש את זה הנותן כו' דירתאי קרינא ביה הואיל והוא קודם לכל יורשיו, ואע"פ שבא מכח כחו ומעיקרא כי אמר לירתאי, לירתאי שיהיה לו במות הזקנה קאמר ובן בתו יורש אותו כו' דליורשין הראוים ליורשו מה"ת רגיל לקרות ירתאי, וטעמא דבעל לא ירית לא משום דהוה ירתי ירתאי דאלו היה ראוי לירש נחלה זו מה"ת ירתאי קרינא ביה אלא משום דאין ראוי ליורשה דהוה האי ממון ראוי לאשה ולא מוחזק שעדיין לא בא לידה ובעל אין נוטל בראוי, אבל אי איכא בן דחזי למירתה ודאי ירית דבן נוטל בראוי עכ"ל, וקשיא לן טובא בזה חדא למה הוצרכנו לטעם שאין הבעל נוטל בראוי אפילו היה הדין שבעל נוטל בראוי מ"מ אין ראוי לקרותו ירתאי בעת מיתת הזקנה שאז אינו שום קרוב לאביה של אשתו שמתה ואינה ראוי אז לירש נכסיו בעצמו, משא"כ בבנה כיון שהוא קרוב לו ויכול לומר מאביה דאבא קאתינא וה"ה מאבוה דאימא קאתינא כדאיתא לקמן (קנ"ט ע"א) ועיין שם בתוס' ד"ה ולימרו רק הכי הו"ל לבני מערבא למימר ובעל היינו טעמא דלא ירית משום שאינו יורש של אבי אשתו לאחר שמתה כלל, מיהו זה יש לדחוק לומר שאם היה הדין שהבעל נוטל בראוי כבמוחזק מיקרי שפיר יורשו של אבי אשתו שהרי אם היה נוטל בראוי היה יורש גם כשאשתו מתה קודם מיתת אביה את אביה וכדאיתא ב"ב (קי"ג ע"ב) מנין לבעל שאין נוטל בראוי כבמוחזק שנא' ושגוב כו' מלמד שנשא שגוב אשה ומתה בחיי מורישיה ומתו מורישיה וירשה יאיר, הרי דלולא הדין שאין נוטל בראוי היה יורש את אבי אשתו גם לאחר מיתתה ולכן היה מיקרי יורשו, רק מטעם שאין נוטל בראוי אין נקרא יורש אביה כלל. — אך זה קשה למה הוצרך לו לרבה לומר מסתבר טעמיה דבני מערבא דאי קדים שכבא וזבנה זבינה זביני ולכן הוה זה ראוי וגם לא אמרינן אחריך כאומר מעכשיו דמי, הא אפילו אם נאמר דאם זבנה לא הוה זביני זביני, וגם אחריך היה כאומר מעכשיו, מ"מ כיון דבני מערבא סברי בהא כרב ענן דסבר שלירתאי הוא היורש אשר בעת מיתת השכבא, ולפי מה שבאמת הדין שאין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, א"כ אין נחשב יורשו כלל אז בעת מיתת השכבא שהרי אין ראוי ליורשו אז כלל, וא"כ לא נתקיים בו אז ובתרה לירתאי, ומה מועיל גם אם נאמר אחריך כאומר מעכשיו דמי, מ"מ אחרי שכוונתו במה שאמר לירתאי על ירתאי שיהיו בעת מיתת הזקנה ואז בתו אין ראויה ליורשה שהרי כבר מתה וא"כ לא נתן לה אביה כלל. — ועוד קשה הא זה ידוע דרב הונא גדול הוא מרב ענן טובא וכדאיתא בכתובות ס"ט ע"א, וא"כ לולי הכרעת בני מערבא וגם מה דאמר רבה מסתבר טעמא דבני מערבא היה לנו הדין כרב הונא נגד רב ענן, וא"כ קשה למה לנו לומר דבני מערבא פליגי ארב הונא בסברתו שסובר דלירתאי הוא היורשו עכשיו היא ברתא דידיה, וסברי בהא כרב ענן דאמר לירתאי הוא על היורשים שיהיו לו בעת מיתת הזקנה, הלא שפיר יש לומר דסברי בני מערבא בהא באמת כרב הונא דלירתאי עכשיו קאמר, רק משום דאי קדים שכבא וזבנה זבינה זביני, ולשיטת רשב"ם והרי"ף ז"ל מוכיחים מזה דלאו כאומר מעכשיו דמי, ולכן הוה זה ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, ולכן אינו יכול לירש נכסי אשתו באופן כזה וע"כ נבטלה המתנה עבור בעלה הנ"ל ואין יורש הנכסים:

ד) **והנראה** לענ"ד ליישב שיטת הרשב"ם ז"ל דהוא סובר דהא בהא תלי דודאי האדם כשאומר לירתאי אין מעלה על לבו מה שיהיה אח"כ ורצונו אז ומחשבתו שיהיה ליורשו כפי מה שהוא לפניו, רק דבעינן שיתקיים לשון דבורו בעת חלות המתנה, ולכן אם אנו אומרים אחריך כאומר מעכשיו דמי כדעת רב הונא א"כ נגמר אח"כ למפרע עתה הנתינה לירתאי דחל להיורשים עכשיו ובזה גם רב ענן מודה, רק דרב ענן סבר שאחריך לאו כאומר מעכשיו הוא וא"כ חלות הנתינה יהיה אז אחר מיתת הזקנה ולכן בעינן שיהיה אז נקרא ירתאי ג"כ, ומ"מ בעינן שהיורש אח"כ יבא גם מכח השם שעליו היה מטרת כוונתו ואמירתו, ולכן בתחלה קסברי שהפלוגתא אם בלשון בני אדם ירתי ירתי מיקרי ירתאי, ולכן חל לשון הנתינה הן עכשיו בעת אמירה ואח"כ בעת חלות המתנה, ורב הונא סבר מטעם כאומר מעכשיו אין אנו מביטים רק על מה שבעת מעשה, ורב ענן סבר דאחריך לאו כאומר מעכשיו דמי ולכן ממילא בעינן שיהיה הירתאי ג"כ אותם שנקראים ירתאי בעת חלות הנתינה ג"כ ולא יתבטל לשון האמירה, ומ"מ יבואו ג"כ מכח של בתו שהיא היתה אז יורשת, וע"כ אם היו נמצאים אביו או אחיו שהם יורשיו וגם יורשי בתו היתה חלה הנתינה עליהם, משא"כ בן בתו שבלשון בני אדם נקרא ירתי ירתי וע"כ אין חל נתינתו אחרי שבעת שתבא המתנה לחול, הוא במיתת הזקנה, לא יתמלא אז הלשון של וירתאי וממילא גם אחיו ואביו כשיש בן לבתו ג"כ אין יורשים אחרי שאין יכולים לירש מכחה של בתו שיורשה הוא בנה, ואנן בעינן שיתקיימו שני הדברים הן היורש שבעת האמירה והיורש שבעת חלות הנתינה שהוא בעת מיתת הזקנה, אך כשאין ברא לברתא אז יורשים שפיר אחיו או אביו, ובני מערבא סברי דברא לברתא ירית משום שנקראים ירתאי ג"כ וכמו שכתב רשב"ם אבל הבעל לא ירית משום דהוה ראוי, וזה כולל שני דברים שמלבד הדין שאין נוטל בראוי כבמוחזק לא יכול לירש הנכסים שהיה שייך לבוא ע"י היורשת בתו שהיתה אשתו ומשום הכי ירשו שארי קרוביה שהם ממשפחת אביה, ועוד שהוא אין נקרא אז בעת חלות המתנה יורשו של נותן הנכסים אחרי שלא יוכל לירש אותו כלל:

כלל, ובאמת בטעם זה השני לחוד סגי שא"א לו לקח הנכסים מפני שאינו יורשו של הנותן אז, אך זה ג"כ הוא מטעם שבאמת הדין שאין נוטל בראוי כבמוחזק ולכן אין ראוי לירש את אבי אשתו אחרי מותה וכמש"כ לעיל (בהות ב') ולכן לא נקרא לירתאי כלל, ופריך הגמ' מכלל דרב הונא סבר דבעל נוטל בראוי כבמוחזק ומשני הגמ' דאחריך כאומר מעכשיו דמי ולא מיקרי ראוי, וממילא אמרינן שמטעם זה נתקיים מאמרו לירתאי (אף שהבעל לא נחשב אז ליורשו) לפי שכיון שהוא כאומר מעכשיו הוא ונגמר חלות המתנה אז בעת אמירתו של אביה ואז היא נקראת ירתאי, שהיתה אז בתו בעולם לכן לא חיישינן אם אח"כ בעת מיתת הזקנה הוה ירתי ירתי ולא יורשו כמו הבעל של בתו, ורבה אמר מסתברא טעמא דבני מערבא כיון דאי קדים שבתא וזכנה זבינה זביני לא נוכל לומר אחריך כאומר מעכשיו דמי, וממילא בעינן שיהיה נקרא יורשו אח"כ גם כן ודו"ק:

ובזה שכתבתי אתי שפיר דסתים הגמ' אליבא דבני מערבא דאלו הוה לה ברא לברתא הוה ירית משמע דבכל גוונא גם שהברא נולד אחר אמירתו של אביה שאמר נכסי לשבתא ובתרה לירתאי, ואמאי נהי שנקרא יורשו הא הוה לדבר שאינו בא לעולם, אלא למש"כ אתי שפיר כיון שנקרא ירתאי ולא נתבטל דבורו ממילא תוכל בתו להוריש לו זכותה ויורש את זכות אמו דבעינן רק שיתקיים לשונו, ונמצא לפי מה שבארנו בעז"ה היטב שיטת הרשב"ס, א"כ בנידון הדין שהביא הרמ"א באומר נכסי לפלוני ואחריו ליורשי די"א שזכתה בהן הבת, לפי שיטת הרשב"ס שבעינן שיתכן לשון לירתאי גם בעת חלות המתנה וגם בעת האמירה, וא"כ נהי שבעת האמירה עליה כיון, מכל מקום אחרי שבעת חלות הנתינה אינה נחשבת ליורשו שהרי היא אז בת בין הבנים, וא"כ איך תוכל לזכות בהמתנה וא"כ דברי הגר"א ז"ל שהשיג על הרמ"א מדברי הרשב"ס נכון ומדוקדק לפי מה שבארנו דברי הרשב"ס ושיטתו, אמנם לפ"ז לענין כ"ד גם לפי השגת הגר"א ז"ל על הרמ"א מ"מ שפיר אזלינן רק בתר האמירה בעת הקנין שהיה אז גם לפי שיטת רשב"ס, דהא הכא גם בעת חלות הקנין נקראים המה יורשיו ולא נתבטל מהם השם במה שניתוסף להם האח, לכן לכו"ע שייך המתנה רק להם:

ומ"מ נראה לענ"ד שגם לשיטת רשב"ס יש מקום ליישב דינו של הרמ"א, והוא אחרי שכבר הוכחנו בע"ה דלשיטת רשב"ס ג"כ מוכרחים לומר שלשעת אמירה ג"כ אנו הולכים אותו שהיה אז יורשו, רק דבעינן שאח"כ בעת שהיא איננה ואחר בא במקומה בעינן שיהיה עליו שם ירתאי, ולכן נאמר לפי שיטת רשב"ס שגם אחי אביה או אבי אביה יורשים במקום בתו כשמתה בחיי השבתא, ואחרי כן כשהשבתא מתה המה באים לירש ג"כ מפני שהמה יורשי הבת וגם יורשי האב הנותן ולכן נכללים בשם ירתאי, ע"כ נראה שאימתי אנו נצרכים לזה דוקא כשהיא איננה בעולם בעת מיתת השבתא בעת שבא מועד חלות של המתנה שבא זמן האחריך שאמר בנתינתו להשבתא, וכמו שבנכסי לפלוני ואחריו לפלוני שאם מת השני בחיי ראשון אין נוטל יורשי של השני, ועי"כ כאן באומר נכסי לירתאי מה שנוטל יורשה אח"כ משום שנכללים ג"כ באמירתו לירתאי, וזה מועיל גם כשמתה רק שנשאר בא מכחה שיש לו שם ירתאי וכמש"כ, מה שאין כן במקום שהיא בעצמה בעולם אז הגי לן מה שבעת האמירה היתה נקראת ירתאי ועליה כיון האומר, וכיון שהיא בעצמה יש כאן לא גרעה היא מנכסי לפלוני ואחריו לפלוני שכל זמן שהשני בעולם לוקח הנכסים, וה"נ הלא בתו שהיה עליה שם יורש בעת האמירה ולכן לוקחת את הנכסים אח"כ בעת שהקנין חל, כיון שזה היסוד באמירתו שהוא כיון על היורש שבעת האמירה ולא כיון על מי שיולדו אח"כ

לכן הבת שהיתה יורשת בעת אמירתו והיא חיה אח"כ נוטלר הנכסים, כן נראה לענ"ד להצדיק דינו של הרמ"א להצילו מקושית הגר"א ז"ל:

ה) **והנה** כל מה שכתבנו הוצרכנו לדקדק לפי שיטת רשב"ס הנ"ל, אך לפי מה שביארו הראשונים המובא בספר שיטה מקו' שם, שלכולם מבואר שבין רב הונא בין רב ענן תרווייהו סברי דלירתי הוא אותם שהיו בעת אמירתו, והוא שהביא שם, בשם הרשב"א בסברת רב הונא משום שאחריך כאומר מעכשיו דמי, ובטעמיה של רב ענן דאמר לירתי ולא לירתי ירתי ואפילו בנה וכן שארי היורשים אותה רק ישארו הנכסים בחזקת יורשי הסבתא ולא ליורשי הנותן, וכתב שם וס"ל לרב ענן דהוה כנכסי לך ואחריך לפלוני שקיי"ל אם מת שני בחיי ראשון שנשאר בחזקת יורשי הראשון, וה"נ כל האומר נכסי לפלוני ובתרה לירתי חשוב כאומר נכסי לך ואחריך לבתי שבזה היה הדין שאם מתה בחיי ראשון היא הסבתא שנשארים הנכסים בחזקת יורשי הראשון היא הסבתא, ה"נ לירתי מתפרש שהיא אותה שהיא עתה בעת האמירה ירתי וממילא אם מתה בחיי הסבתא מתבטל המתנה, ולגירסת הגאונים „ובתרה לירתה" ג"כ מפרש הרשב"א שהמחלוקת בין רב הונא ורב ענן הוא שרב הונא סובר לירתה וה"ה לירתי ירתה, היינו משום שנאמר כאומר מעכשיו והוא למי שהיא עתה מעותדת להיות יורשה היא בתה וממילא יורש לה בעלה הגם שבעת שיגיע עת מיתת הסבתא אז לא תהיה הבת יורשת אותה שהרי אין הבת יורשת לאמה בקבר להנחיל לבעלה ולא לשאר קרוביה, מ"מ כיון שעכשיו היא בחזקת עומדת להיות יורשת לאמה לה כיון הנותן, ולרב ענן הטעם משום דאמרינן דהוה כאלו מת השני בחיי ראשון, ולפ"ז נאמר שהדין שיחזרו ליורשי הראשון ולכן סובר דאפילו הוה לה ברא לברתא לא ירית משום דבכל כה"ג שמת שני בחיי ראשון יחזרו ליורשי הראשון ומתבטל נתינת האחריך עיי"ש, ואנן קיי"ל דאלו הוה לה ברא לברתא ירית ומפורש שם בשם הרשב"א דאפילו הברא נולד אחרי מיתת הנותן שנחשב כאלו אומר שאני נותן להבת ויורשיה, הגם שאין הוא יורש של הסבתא אז בעת מיתת הסבתא מ"מ הוא בא מכח הבת. — וכן הביא שם בשם הר"ן שהאריך הרבה בסוגיא זו והוא הולך ג"כ בשיטה זו שלפי הגי' ובתרה לירתה, דלרב הונא שאין חשוב זה ראוי יורש אותה גם הבעל, ולדידן דפליגי ארב הונא לא מפקינן אלא בעל שאין נוטל בראוי אבל אחיה ממשפחת אביה יורשים אותה הגם שאינם יורשים של הסבתא, וא"כ קיי"ל לדינא דהוא מכוון לתן לאותה היורשת לה עתה בעת האמירה, הגם שבעת מיתת הסבתא אינה יורשת אותה שהרי היא בקבר ואין האשה יורשת אמה בקבר כשאין לה בנים ואז יורשים אחרים יש לה, הרי שאין אנו הולכים רק כפי מה שהוא בעת האמירה, וכן הביא אח"כ בשם ר"ח, וז"ל נכסי לשבתא ובתרה לירתה פי' ליורשה שיש לה עכשיו כו' וא"א לומר ליורש שיהא לשבתא בשעת מיתתה דא"כ היכי אמר רב הונא לירתה ואפי' לירתי ירתה ובעל נמי ירית, נהי דאחריך כאומר מעכשיו דמי מ"מ יורשים שהם ראוים לירש בשעת מיתתה כו' קנו מעכשיו הנכסים, אלא ודאי זה ובתרה לירתה היינו ליורש שיש לה עכשיו, ע"כ. — ועוד מאחרי דברי הראשונים שהובאו בשמ"ק שם מכולם מוכח שמפרשים שפתם בכוונת הלשון לירתה או לירתאי הוא רק מי שהוא עכשיו היורש, וא"כ דינו של הרמ"א אמת ולדק לכל השיטות המובאים בשמ"ק שכל שעכשיו יש לו בת ואחר אמירתו נולדו לו בנים שהיא הוה היורשת מלד אמירתו ובהרה לירתאי:

ובאמת לפי גירסת הגמ' ובתרה לירתאי יש עדיין לאורה לחלק לענין דינו של הרמ"א, דיש לומר דהני מילי דאמרינן דאזלינן בתר אמירה הוא על שעת מיתתי של האומר

הגיה:

הנותן ולא על היורש שיהיה בעת מיתת הסבתא מפני ששם ירתאי הונח על שעת מותו, אבל אם קודם מותו אחרי אמירתו נשתנה הדבר שנעשו יורשים אחרים כעובדא דהרמ"א שנולדו לו בנים אח"כ ונתבטל ירושת הבת והבנים המה יורשיו, יש לומר שבכה"ג לא חל עליה שם יורש כלל, כי אימתי בא שם יורש על האדם בעת שמורישו מת, וכל שבעת מיתתו של האומר ובתרה לירתאי נעשו אז יורשים אחרים לא יועיל לו מה שבעת האמירה היה הוא היורש לפי שבחייו של המוריש לא נקרא עליו שם יורש כלל, אבל בהא דנכסי לסבתא ובתרא לירתאי שפיר מצינן למיזל בתר שעת של האמירה לפי שהוא היה בעת מיתתו וחל שפיר עליו שם יורש שאז נעשה יורש בעת מותו, מ"מ אף שיש שפיר לחלק בזה, אכן באמת אין לנו לחלק כיון שלגירסת הגאונים והרבה מהראשונים ובתרה לירתה של הסבתא ג"כ אזלינן בתר שעת האמירה כמו שבארנו לעיל אף ששם היה הסבתא בחיים, ואפ"ה קרינן לה ירתה אז בעת האמירה לפי שהיא מוכנת להיות יורשת של הסבתא הגם שבעת מיתה של הסבתא שהוא העת להיות יורשי הסבתא אז היא בקבר ואין ראויה להיות יורשתה כלל, אפ"ה אזלינן בתר שעת האמירה וא"כ ה"ה בנידון של הרמ"א שאזלינן בתר עת האמירה, גם שעדיין מורישה בחיים אז בעת האמירה ובעת מותו שהגיע לעת הירושה נעשו אז יורשים אחרים, וממילא גם לפי גירסא דילן נכסי לסבתא ובתרה לירתאי ג"כ לא מחלקינן בכך שזה הוא רק חילוק חדש מצד הסברא שלא מצינו לראיה בזה, ולכן כיון שלגירסת הראשונים ובתרה לירתה א"א לומר חילוק זה לא נעשה בזו הסברא פלוגתא חדשה. — וא"כ כש"כ בנ"ד ששם יורשים עליהם נשאר גם אח"כ בעת מיתת מורישיהם ודאי דאזלינן בתר אמירה שאז לא היה רק המה היורשים של שניהם והניתוסף אח"כ לא חל עליו אז אמירתו וע"כ צריכים אנו למיזל בתר אמירה :

ו) **ובעיקר** דינו של הרמ"א הוא מובא בב"י על הטור (בסי' רמ"ח) שמביא שם הדין באומר נכסי לך ואחריך ליורשי ולא היה לו בשעת המתנה רק בת ואח"כ נולדו לו בנים מי נוטל הנכסים הבת או הבנים, עיין במרדכי פ' י"נ, ע"כ, וכתב ע"ז הד"מ שם סק"ו ויגעתי ולא מצאתי שם ולקמן סי' זה נראה מדברי רבינו שאין כוונתו אלא ליורשים שהיו לו בעת המתנה כו', ובאמת נפלאתי בזה על הרמ"א שבפירוש נמצא דין זה והוא במרדכי דילן פ' יש נוחלין לאחר סימן (תקע"ט ובדפוס ווילנא הוא סי' תקע"ח) אילו הוה ברא לברתא ירית, ספר החכמה קבלתי ממורי הר"י ממגנצא דאפילו אם יהיה לו בנים זכרים אח"כ אחרי שאמר נכסי לסבתא שלא יהיו יורשים כ"א הבת יורשת מאחר שבשעה שאמר נכסי לירתי לא היה לו שום יורש כ"א אותה בת דאין אדם מקנה דבר למי שלא בא לעולם כו', ע"כ. ומזה מבואר שמה שאנו אומרים שכונתו להיורשים שבעת האמירה הגם שבעת אמירה הוא בחיי המוריש ובעת שיבא לדין ירושה היינו בעת מיתתו של האומר אז יהיו יורשים אחרים, מ"מ כיון שלאותו שיולד לא חל אמירתו ע"כ ממילא אמרינן שלאותו שהוא עתה בעולם עליו הוה אמירתו, וכל שאפשר לנו שלא לבטל אמירתו לא מבטלינן ליה, וא"כ ה"ה בנ"ד כיון שלאותו שיולד אח"כ לא חל אמירתו עליו אמרינן שאמירתו הוא לאותן הבנים שנולדו לו אז ולא לאותן שיולדו אח"כ, וכיון שהמרדכי כתב כן מפורש לדינא ומשארי הראשונים ג"כ מוכח כן וכמו שבארנו מקודם הגם שמשיטת רשב"ס לא משמע הכי הכי נקטינן, ובפרט לפי מה שכתבנו והארכנו לעיל שיש ליישב שגם שיטת רשב"ס לא יהיה נגד דין זה :

וראיתי בנתיבות (שם ס"ק י"ד) וז"ל, והעיקר שכוונתו על יורשים של שעת מיתה יותר שבד"מ ג"כ תמה עליו, אפשר לומר שהיינו דוקא באחריך ליורשיי שהכוונה על היורשים שיש לו עכשיו ולא על היורשים שיהיה לו בשעת מיתה, משום דאמרינן אילו היה כוונתו על היורשים של שעת מיתה הוה ליה למימר ואחריך לי משא"כ באחריך ליורשיך מהיכי תיתי לא נאמר כוונתו על היורשים של שעת המיתה כו', וראיה דכל הפוסקים חתרו למצוא נפקא מינה באומר ואחריך ליורשיך כו' ואם נאמר שליורשיו בעת האמירה כוונתו, הא נ"מ לענין אם יהיה לו בנים אח"כ, אלא ודאי שסתם יורשים הוא על יורשים שבעת מיתה כו' עכ"ד, וא"כ לפי דבריו בנ"ד שאין כאן הוכחה במה שאמר שיהיו ליורשי שניהם דהא הוליא בזה את יורשי הבעל מאשתו ראשונה, ושנית דזה הוה כאומר ואחריך ליורשיך ויהיה בזה גם הנולד אח"כ בכלל דהא ליורשי של שעת מיתה כיון. ולענ"ד תמוהין דבריו חדא בהוכחתו שכתב באומר ואחריך ליורשיי דאמרינן אילו היה כוונתו על שעת מיתה היה לו לומר ואחריך לי מאי ראיה הוא מזה הא כתבו הראשונים הנ"מ לענין בע"ח שלא יגבה מהם ולכך אמר ואחריך ליורשיך יעוי' בנימוק"י, וא"כ יש לומר שאם היה אומר ואחריך לי היו בעלי חובותיו נוטלים מהם ועכשיו כשאומר אחריך ליורשיי הלא לא יגבה הבע"ח מזה, ועוד נ"מ שלא יהיה יכולת בידו לתן במתנת שכ"מ לאחרים, וכיון שנסתר ההוכחה מה שלא אמר לי הדרה קושיא לדוכתא למה לא נאמר שליורשים של שעת מיתה כיון, ובאמת זה גרם שבמכתה"ר לא ראה כאן את דברי המרדכי שכתב הטעם שלכך אמרינן שנכסיו להבת באומר אחריך ליורשיי בהיה לו בת ונולד לו אח"כ בנים משום דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, ומשמע שפיר שאם היה הדין שאדם מקנה לדבר שלא בא לעולם היינו אומרים שהבנים שיולדו אח"כ בכלל הלשון הם דליורשו בשעת מיתה כיון, אך מטעם שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם לא מבטלין לשונו, והנו דכין שכיון למי שהוא עתה מעותד ליורשו, וא"כ בנ"ד ג"כ לפ"ז לא חשבינן שהקנה אחריו למי שלא בא לעולם וצריכים אנו לקיים לשון דיבורו ולא לבטלו. — ומעתה צריכים אנו ליישב קושית הנתיבות למה לא כתבו הפוסקים לתרץ הקושיא בהא דאמר נכסיי לסבתא ובתרה לירתה שהנ"מ לבנים שיולדו אח"כ שלא יטלו, ונראה לענ"ד לתרץ בדרך פשוט שלכך לא אמרו תירוץ זה משום דסתמא דמלתא הסבתא לא היתה בת בנים ולכן אין לחוש שמא יולדו עוד בנים לה, וע"כ הקושיא נשארה למה אמר ובתרה לירתה הא בלא"ה הוה היא ירית לה, וע"כ תירצו תירוצים אחרים שבאמת כולם נכונים לדינא וגם לענין בע"ח שלא יגבה ולענין מתנת שכ"מ שלא תתן ולענין האיסור לכתחלה למכור שלא תהא רשאה למכור, ובמקום שיש לדון לענין בנים הניתוספים גם זה בכלל. — ולענ"ד נראה לומר שמה שהוצרך הר"י ממגנצא לתת הטעם משום דאין אדם מקנה למי שלבנ"ל הוא לענין הוספה על היורשים של עתה או שיהיה אח"כ בנים והבת לא תהיה אז יורשת שלכך עומד הדבר להיות בנים נולדים, אבל לענין החשש שמא תמות הבת בחיי הסבתא ואז יהיו יורשים אחרים שנאמר שליורשים של שעת מיתה כיון, דלכאורה י"ל כיון שכאן אין הטעם שאין אדם מקנה למי שלבנ"ל יש לומר שליורשו של שעת מיתה נתכוין, מ"מ יש לומר שלכך אמרינן בזה ששארי יורשים שאינם יולאי חלליה של הבת אין לוקחים בתורת יורשי הסבתא משום שאמר בתרה לירתאי, והטעם דסתמא דמלתא לא חיים למיתה גם לשמא ימות, ולכך אנו מעמידים לשון אמירתו ובתרה לירתאי לאותה שהיה אז, כן נלענ"ד :

ז) **ומדי** דברי בענין זה אעיר על דברי הרמ"א שכתב באומר נכסיי לך ואחריך לי או ליורשי שאם מכר המקבל המתנה שהוא או יורשיו מוליאין מיד הלקוחות, ובתר הכי הביא הרמ"א לדינא שאם אמר ואחריך ליורשיי והיה לו בת שאין שאר יורשים עומדים במקומה, ובאמת הוא תמוה

מ"ש שכתב באחריך לי או ליורשי שאם המקבל מכר שמוציא הוא או יורשיו מן הלקוחות, הא בגמרא אמרינן באומר ובתרה לירתאי שמסתבר טעמא דבני מערבא דאי קדים שבתא וזבנה זבינא זביני, הרי מבואר שגם באחריך ליורשיי אם מכר המקבל קיים, ובאמת כבר העירו בזה בס' המאור ובנימוק"י ובשמ"ק והרמב"ן בחידושיו (דף קל"ו ע"ב) והוכיחו מזה לקיים גי' הגאונים ובתרה לירתה, אבל לגירסת הרשב"ם ודעימיה, שהגי' הוא ובתרה לירתאי מוכרחים אנו לחלק בין שייר לעצמו בין ליורשיו, או שנאמר כפירושו של הרמב"ם דהא דקאמר בגמ' לעצמו היינו שהמכירה הוא לעצמו כגון לבנו קטן וכמו שכתב (המ"מ בפ' י"ב מהלכות זכיה), וא"כ לגי' לירתאי נשאר הדין באחריך ליורשיי, שאם מכר הראשון קיים כדמוכח מגמ' דב"ב הנ"ל, וא"כ קשה על הרמ"א שלדידיה שני הדינים שפסק סותרים זא"ז שפסק באחריך ליורשיי שאם המקבל מכר מוציאין יורשיו מהלקוחות, ובדין אחריך ליורשיי מביא לדינא של הטור שדוקא זרעה יורשים הנכסים ולא יורשיה האחרים, ואמאי כיון שאין להמקבל רק קנין פירות דאי קדים וזבין בטל הו"ל לבעל או שארי יורשיה לירש אותם דהא אין כאן סברת הגמ' דאמר רבה מסתבר כו' דאי קדמה שבתא כו', ובאמת בטור ליתא הדין שאם אמר ואחריך ליורשי שבטלה מכירתו של המקבל מתנה רק באחריך לי בזה דעת הטור שמוציא מיד הלקוחות, ועיין דרישה שם שכתב ג"כ שדוקא באומר ואחריך לי אבל לא באחריך ליורשי מסוגיא הנ"ל דב"ב, ותמה על הרמ"א והרמ"י שכתבו דין זה גם גבי ואחריך ליורשי. — ונראה לענ"ד ליישב שהרמ"א שכתב דין זה גם גבי ואחריך ליורשי לא מלד ודאית פסק כן רק מלד ספיקא דדינא שמא הדין הוא כשיטת הרבה הראשונים שסוברים שגם באומר נכסי כו' ואחריך ליורשי הוה כמו לעלמו, ובאמת לפ"ז יהיה הגי' ובתרה לירתה ומלד ספק לא חל קנין הלקוחות מלד שאוקי בחזקת מ"ק שהגוף לא ניתן להמקבל מספק, והא שאין היורשים האחרים יורשים הנכסים באומר ואחריך ליורשי ומתה הבת בחיי המקבל שאין יורשים אחרים יורשים כמו הבעל וכדומה משום דהוה ספק בעלם ירושתם, אם שייך ליורשי המקבל או ליורשי נותן ולכן לא מפקינן מחזקת המקבל מתנה שיורשיו במקומו עומדים ותפיסת המקבל היה תפיסה ברשות, ע"כ אמרינן היכא דקיימא קרעא תיקום, משא"כ בהלוקח שהוא ספק בלקיחתו והיורש ודאי יורש של הנותן שהרי אמר ואחריך ליורשי, רק שהספק הוא בחלות מכירתו ונתינתו של המקבל הראשון, אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, ובפרט אם מכירתו ומתנתו קיימת הוא ג"כ שלא כהוגן, דהא אין רשאי לכתחלה למכור דאמרינן בזה בגמ' איזה רשע ערום זה המשיא עלה למכור כרשב"ג, ולכן כל כה"ג בספיקא הוה תפיסה שלא ברשות ומוקמינן אחזקת מ"ק לבטל המכירה הנ"ל, זהו הנראה לענ"ד ביישוב דברי הרמ"א ודו"ק :

סימן ד

כסלו תרכ"ח לפ"ק

בדין שבועת השותפין שמשביעין על טענת ספק, שבועה דרבנן בנקי"ח, ומ"מ בעינן שיהיה להתובע עליו חשד רגלים לדבר, וכמו שביאר בט"ז (ריש סי' צ"ג) וז"ל, ונ"ל דקמ"ל דעכ"פ בעינן שיהיה השד בעיני התובע עליו מאיזה הוכחה שיש לו כו' אבל אם מודה שאין לו הוכחה אין משביעו כמ"ש (בסי' פ"ז סי"ח) דיוכל להפך לומר לו אשתבע לי דחשיד ליה בכך :

ונראה לענ"ד לחדש בזה, שהוא דוקא שהתביעה היה על ריוח שתובע אולי היה עוד ריוח יותר מכפי מה שמראה בחשבונו, אבל היכא שהשותף מראה בחשבונו שהיה הפסד בעסק ונפסד מהעסק ממקלת ממונו המשותף, בזה אין לריך להיות אלל התובע חשד רגל"ד ויכול להשביע בספק לבד בלא טענת רגל"ד, וממילא לא יוכל להפך עליו לומר לו אשתבע לי דחשידנא, וכמש"כ הנתיבות (בסי' פ"ז ס"ק י"א) שדוקא בשה"ש יכול לומר לו אשתבע לי דחשיד לי בכך משום דבעינן הוכחה כד' הט"ז הנ"ל, אבל לא בשארי שבועות הבאים על הספק, ושבועת שומרים אין שייך לומר בזה וכן מוכח מסי' ל"ג (סעיף י"ג), ויסוד ראיה לזה נטלתי מדברי השערי שבועות (בשער ח') שכתב שם שלשה דינים בשיתוף עיסקא. דין א', שיטעון המתעסק שנאבד כל הממון באחד מב' דרכים הן על דרך שומר שכר חייב בו כגון גניבה ואבידה, והן על דרך שנתעסק מן הממון בעסק אחר שלא התנה עמו כו' ולריך לשבע שה"ת שאינה ברשותו ואחר השבועה משלם את הקרן משלם. דין ב', שיטעון דבר שאין שומר שכר חייב כגון אונסין, ישבע שבועת התורה שכן היה ומשלם. מחלית הממון שבתורת מלוה ויפטר ממחלית האחר וכו' וע"ש מה שהאריך שם בדין זה, ואח"כ כתב הדין הג' במקום שיטעון זה המתעסק הפסד כל הממון או מקלתו, ולא שנגנב או שנאבד, אלא שנתעסק בממונו באותה מלאכה שהתנו ביניהם בלא שינוי ולא עלתה יפה, נתחייב שבועה על מה שטוען וישלם חלק המלוה וכו' יעו"ש. והנראה מדברי השערי שבועות שבאופן כזה שהפסד היה ע"י המו"מ שעשה כפי האופן המדובר ביניהם מתחלה אין בזה שבועת השומרים, אך אמר סתם ישבע, ולכאורה היה אפשר לומר שהכונה ע"ז מדין שבועת השותפים, אך מסתימת הלשון אין מורה כן רק סתם אומר שישבע שבועה על מה שטוען, ועוד נראה לענ"ד להוכיח ממה שהשערי שבועות (בשער י"א) מביא שם שבועה המתחייב על תביעות של חשד ושל שמא וכו', וכתב שם ושבועת השותפין שהזכרנו לא שחילקו זה על זה על חלקיהם שכבר פסקנו-דינם המיוחד להם בשער המיוחד להם בזה הספר, יראה כוונתו למה שכתב (בשער ח') ששם דבר בכל הדינים בזה, וא"כ נראה ברור דעתו שהשבועת הפסד במו"מ אינה מגדר שבועת השותפין, רק היא שבועה אחרת מדרבנן שהיא אין לריכה טענת חשד והוכחת רגל"ד דבעינן בשבועות השותפין :

ובזה שכתבתי יתבאר לנו כוונת תשובת הרא"ש (כלל פ"ט סי' י"ד) שכתב, ומה שאומר שמכר בהקפה ליהודים ולא"י וראובן אומר שלא הרשהו כו', עד אבל אם מנהג הסוחרים למכור בהקפה, יחלקו ההקפות שוה בשוה כפי תנאם ואם רלה ראובן יכול להשביע לשמעון שאלו ההקפות הם באו מעסק הסחורה שעשאם לטובת העסק, עכ"ד, והובא זה בשו"ע חו"מ (סי' ע"ג סעיף י"ח), ואם נאמר שזו השבועה הוא מדין שבועת השותפים למה הזכיר הדברים בפרטים האלו, ועוד מה לריך להשמיענו על שבועת השותפים, הכי לא ידענו מדין שבועת השותפין, אך למש"כ נאמר שזה השמיענו הרא"ש שיכול להשביע על הפסד מטענת ספק גם בלא חשד ורגל"ד. ובמש"כ לחדש שבמקום שנפסד הקרן ממעות השותפות יכול להשביעו ע"ז גם בלא חשד רגל"ד רק בספק לחוד, יהיה קשה על הגהת חידושי אנשי שם שכתב (בשער ח' משערי שבועות הנ"ל) שהגיה שם על הדין ג' שכתב שם במקום שיטעון זה המתעסק כו' שנתעסק בו באותה המלאכה שהתנו ביניהם בלי שינוי ולא עלתה יפה ונפסדה נתחייב שבועה על מה שטוען, וע"ז הגיה בחדושי אנשי שם כתוב בסמ"ג עשין פ"ב וז"ל, אני ראיתי שהשיב רבינו יעקב בתשובה אחת שהמלוה לחברו למחלית שכר אין יכול להשביעו בטענת שמא שאינו מורה היתר לעלמו שהרי נוטל כל שכר טרחו וכו' ע"כ דברי ר"ת, ונראה כוונת ההגה"ה להשיג מדברי סמ"ג בשם ר"ת על דינו של השערי שבועות שהלריך שבועה להמתעסק, ולמש"כ אין כאן מחלוקת, שודאי היכא

היכא שהקרן לא נפסד רק שטוען אולי היה ריוח יותר מכפי שמראה בחשבונו, שצריך ע"ז הוכחת רגל"ד ולזה בעינן חשד, ע"כ במקום שנוטל שכר טרחו שאין מקום להוראת היתר אין יכול להשביעו מחמת חשד, משא"כ במקום הפסד שע"ז יש שבועה בלא רגל"ד לחשד, אז יכול להשביעו גם במקום שנוטל שכר טרחו, זהו הנראה לענ"ד לחדש דין זה :

והנה הראיתי אז מה שהעירותי בדין זה למורי אלוף נעורי הגאון המפו' מהו' אהרן שאול זעליג הכהן זצלה"ה שהיה הגאב"ד דדעגאבורג וזה אשר כתב לי ע"ז, ויען שחביב לי שמעתא דמר אלוף נעורי הגאון ז"ל, הנני להעתיק מכתבו אלי ממש כפי מה שכתב בזה, ואח"כ יבוא מש"כ לו אח"כ על מכתבו שהארכתי בפרט דין זה בע"ה. וז"ל מכתבו ב"ה ג' דחנוכה ברכות לפ"ק דע"ב. חיים שלו' וברכה לאהו' ידי"נ כו' האבד"ק סוויר ולכל אשר לו היו"ש וכט"ס :

מכתבו הנעים הגיעני לשמחת לבבי ונהניתי מדברים הנעימים עד מאוד ואפריון נמטיה ע"ז ומשתוקק אני עוד לשמוע ממנו בשו' החיו"ם וד"ת ברוחב תבונתו כאשר אמר עם הספר כי ערבים עלי דבריו היקרים. והנה אשר רצה מעכ"ת כעת לחדש במכתבו הנ"ל חילוק חדש בענין שבועת השותפין שמש"כ דבעינן דווקא שיש רגל"ד לחושדו הוא דווקא אם רוצה להשביעו שמא העלים מן הריוח, אבל בטוען שהיה הפסד מן הקרן חייב שבועה דרבנן גם בלי חשד ורגל"ד, וכתב מעכ"ת שיש לומר שזהו שהולרך הרא"ש בתשובה (כלל פ"ס) להשמיענו שיכול להשביעו שאלו ההקפות כו' כדאיתא בסי' ל"ג (סעיף י"ח), ועיקר דיוקו של מעכ"ת הוא מד' השערי שבועות של הרי"ף (בשער השמיני) דין ג' עיי"ש, ובשער י"ח כתב ושבועות השותפים שזכרנו לא שחלקו ביתר ובחסר שכבר פסקנו לעיל שמשמע מזה שהשבועה שהזכיר בדין ג' (בשער ח') אינה שבועת השותפים הבאה ע"י חשד אלא שבועה דרבנן כיון שמסר בידו מעות ואינס, והניח מעכ"ת דברי החידושי אנשי שם שהביא דברי הסמ"ג בשם ר"ת בל"ע, כי לד' מעכ"ת אין דברי ר"ת מתנגדים להשערים כו' דר"ת איירי לענין להשביעו שה"ש שמא העלים מן הריוח והשערי שבועות איירי שטוען שנפסד מהקרן :

הנה יאמר נא ידידי אפי' אם היה כתוב דין זה מפורש בשערי שבועות ובתשו' הרא"ש הלא היה קשה לנו מנין להם דין זה לחדש שבועה דרבנן מתקנת חכמים שלא הוזכר בש"ס, דאחר שמעכ"ת הרגיש בעצמו שא"א לומר שיתחייב שבועת התורה כשבועת שומרין בטוען נאנסה כדמוכח (בסי' נ"ג סעי' י"ג) שאפילו בטוען הפסד בקרן אינו רק שבועת השותפין ולא שבועה דאורייי', א"כ מנ"ל בזה שבועה דרבנן זולת שבועת השותפין אפי' בטוען הפסדתי מן הקרן, ואדרבה אפי' שבועת השותפין מה שיכול להשביעו על הקרן הוא קלת חידוש, עיין (בשערי ש' שער י"ח) שם שכתב ולפי שהשבועה זו יש בה תימה וכו' ויש מפרשים וכו' וראיה לדבריהם וכו' משום דמורי וכו' ואומר אשקול מפירות ריוח זה דאגא עסקינא וטרחנא ותורא מדישיה קא אכיל וכו' אבל על הקרן לכאו' אין לו הוראת היתר כלל, אלא שמ"מ נראה שאפי' אין ספק לבעל הממון שהיה ריוח וזה טוען הפסדתי גם מן הקרן, מ"מ יכול להשביעו שבועת השות' ברגל"ד על הקרן ג"כ משום דמורה היתר לקח מן הקרן על סמך שיטרח אח"כ ויתעסק להרויח ולמלאות הקרן וגם ריוח, עכ"פ פשוט בעיני מן הסברא דבטוען הפסדתי מן הקרן ע"י פרקמטיא שהוזלה, פשיטא דאינה רק שבועת השותפים וע"י רגל"ד, וזה מבואר ג"כ בדין המובא (בסעיף י"ח) מתשו' הרא"ש הנ"ל שכתב שאם ירצה ישביעו שאלו ההקפות כו', אלמא שאין הב"ד פוסקים לו שבועה אלא שאם ירצה ישביעו [ככל שבועת השות' שתלוי ברצון השותף להשביעו אם חושדו ברגל"ד ודו"ק], משא"כ אם היה חיוב שבועה מדרבנן היו הב"ד פוסקין לו שבועה ככל שבועה דרבנן, ויעוי' בתשו' הרא"ש שכתב שם בהשאלה ראובן ושמעון שנשתתפו על תנאי ששמעון יתעסק בממון לבדו ויקח ה' שמינית בריוח ובהפסד, וראובן ג' שמינית בריוח ובהפסד ושמעון יתעסק בממון לבדו וכו' ובלבד שלא ילוה בריבית לא"י וכו' ועתה עבר זמן השותפות ושמעון רוצה לחלוק והביא קלת קרן של ראובן במעות והמותר בסחורה וחובות על היהודים וא"י בלא ריבית וכו' וראובן אמר שאינו רוצה לקבל חובות אלו כלל לא בקרן ולא בריבית וכו', הרי להדיא שאפילו על מקלת הקרן לא חייבו הרא"ש בהחלט שבועה מדרבנן, אלא אם ירצה ישביעו וכו' בשבועת השות' וזה ברור :

ואולם השערים שכתב בשער השמיני בדין הג', והוא שיטען זה המתעסק הפסד כל הממון או מקלתו ולא שנגנב או שנאבד אלא שנתעסק בו באותו מלאכה שהתנו ביניהם בלא שינוי ולא עלתה יפה ונפסדה נתחייב שבועה על מה שטוען ומשלם כל המלוה, דמשמע להדיא שהב"ד פוסקין לו שבועה בהחלט [משא"כ (בשער י"ח) כתב ואלו נשבעין שלא בטענה וכו' השותפין וכו' ובן הבית א"ל מה אתה טוענני רצוני שתשבע לי חייב עיי"ש], נ"ל כוונתו פשוט שדייק בלשונו שלא טען שהפסיד בעסק משא ומתן ע"י פרגמטיא שהוזלה דהתם אין מחייבין אותו שבועה אלא אם ירצה כשבועת השות' ברגל"ד, אלא דהכא איירי שטוען שנתקלקל מעצמו ע"י מלאכה. וכן כתב השערים שם (בשער ח') לעיל מיניה, והב' שהוא ממון ומלאכה וכו' ואם יקרה הפסד באותו עסק כגון אמר שהקדיחתו יורה וכו', ודווקא באופן זה כתב בדין הג' שנתחייב שבועה על מה שטוען דדמיא ממש לשואל שאמר נאנסה מחמת מלאכה או שומר שכר שטוען נאנסו דחייב שבועה מן התורה, שעל ספק זה לא העלה על לבו בעת מסירת העיסקא והוא טוען מלתא דלא שכיח כ"כ, אבל אינו כן בטוען הפסד מחמת יוקרא וזולא שעל ספק זה מסר העיסקא בידו וקרוב לשכר וקרוב להפסד בעת מסירת העסק לידו וזה פשוט מאוד. -- בעתה יש לומר שמש"כ בחי' אנ"ש שהביא ע"ז דברי הסמ"ג עשין פ"ב בשם ר"ת, אין כוונתו שהביא שהסמ"ג בשם ר"ת חולק ע"ז, דאין הלשון משמע כלל בחי' אנ"ש כן שא"כ היה לו לכתוב אבל הסמ"ג כ' וכו', אלא כתב בזה"ל, כתב בסה"מ וכו', והיינו דעפ"י הסמ"ג אדרבא מובן לנו דברי השערים, שלכאורה היה לו להביא עוד דין ד' שאם טוען שהפסיד ע"י מו"מ בפרגמטיא שהוזלה שנשבע שבועת השותפין ומשלם פלגא דמלוה, אלא שיתכן שגם השערים ס"ל כר"ת דאין המלוה למחצית שכר יכול להשביע בטענת שמא וק"ל :

והנה ראיתי שהסמ"ג (עשין פ"ב) הביא שם דברי השערים דרב אלפס שער ח' והעתיק דין הא' ודין הב' בלשונו, ודין הג' לא העתיק, וכ"ל שי"ל שהסמ"ג לא חשיב ליה חידוש דין כלל שמאחר שכתב בדין ב' שבטוען נאנסה שנשבע ומשלם מחצית המלוה א"כ ממילא בטוען נאנסה מחמת מלאכה בלא שינוי שנשבע ג"כ שבועת התורה, וכן מבואר להדיא בשער השביעי ובמקום שטוענו טענה הפוטרת וכו' או שיטען בו שנתעסקו עמו בתנאי שהתנו עמו לבעל הממון כו' חייבין לשבע שבועת התורה וכנ"ל עיי"ש, וכל זה נ"ל נכון בע"ה לדינא. — ואולם לבי אומר לי עוד שיתכן שמש"כ בשערים בשער ח' בדין הא' ובדין הב' שנשבע שבועת התורה ובדין ג' כתב סתם נתחייב שבועה ולא כתב שבועת התורה הוא בדקדוק גדול, וכן מה שלא הביא הסמ"ג דין הג' ברווחא טפי ויתפרשו דברי השערים כמין חומר. — והוא דבשער הרביעי כתב בדין הא' הוא מודה במקלת וכו' אמר קרא כו' וע"ז חייבה התורה שבועה בענין דיני השומרין עכ"ל, ופשטא דלישניה משמע דס"ל דמן התורה אינו חייב שבועה על טענה דנאנסה

דנאנסה א"כ היה עמה ג"כ הודאה, וכמש"כ התוס' (ב"ק ק"ז) עיי"ש. והנה התוס' כתבו שם דלר"ת מוכרח לומר בהך דהמוכר את הבית (דף ע"ז) דמוכח שם דאפילו בלא הודאה במקצת חייב שבועה בטוען נאנסו דזהו שבועה מדרבנן שנתקנה בטוען נאנסה אע"פ שאין עמה הודאה במקצת עיי"ש. — והנה ידוע דהמתחייב מקצת מתוך טענתו חשוב כמודה במקצת, וע"כ דברי הסמ"ע בסעי' א' מדוקדק מאוד, דבדין הא', בטוען נגנבה או שינה מתנאו, דמתחייב בכל הקרן משלם הקרן וחייב שבועת התורה על הספק דשמא הרויח ונתן עיניו בריוח, שאע"פ שבעל הממון א"י אם היה ריוח או לא, אעפ"כ חייב שבועת התורה כמו שחייב שבועת התו' בטוען נאנסה אע"פ שהוא ספק אם נאנסה או לא, הואיל ויש עמה הודאת במקצת או מתחייב בטענתו במקצת, ה"נ לענין הספק שמא הרויח חייב שבועת התורה, ואע"ג שכתב הש"ך (בסי' רנ"ד ס"ק ד') דבשילם דקיי"ל משביעין אותו שבועה שאין ברשותו שמא עיניו נתן בה דאינה רק מדרבנן, שא"ה דהתם השבועה אינה פוטרתו ממון שהרי שילם בעד החפץ, אבל כאן חיישינן שמא יש בידו ממון ריוח והוא רוצה לפטור עצמו בטענה זו, ע"כ היא שבועת התורה וק"ל. ובדין הב' פשיטא דהיינו דין שבועת השומרים, ובדין הג' כתב שטען שנפסד כל הממון או מקצתו וכו' נתחייב שבועה וכו' כאן כתב סתם נתחייב שבועה משום דיש חילוק, פעמים היא שבועת התו' ופעמים שבועה דרבנן, שאם טען שנפסד כל הממון ע"י אונס במלאכה שהקדיחתו יורה וכו' אז חייב שבועת התורה שהרי מתחייב כל המלוה בטענתו והוה כהודאה במקצת עם טענת נאנסו, אבל בטוען שנפסד מקצת פעמים טענתו הוא על מקצת הריוח, היינו שבעל הממון ידע שכבר הרויח כך וכך, רק שזה טוען אח"כ נפסד מקצת מהריות ע"י מלאכה בלא שינוי ולא עלתה יפה, בזה אין כאן רק שבועה מדרבנן דהרי המותר שמתחייב הוא הילך ואין כאן הודאה מקצת, ומ"מ מדרבנן ב"ד פוסקין לו שבועה מעלמס שהרי מהך דהמוכר הה"ב מוכח דעכ"פ מדרבנן חייב שבועה בטוען נאנסו אפילו בלא הודאה במקצת עמה, ודו"ק היטב:

וכל זה אם נימא דמן התו' בעינן הודאה עם נאנסה, אבל הסמ"ג ס"ל כשיטת ריב"א והכי קיי"ל דבטענת נאנסה חייב שבועה מהתו' אפי' בלא הודאה א"כ אין הכרח כלל לומר שהיה כאן תקנת שבועה מדרבנן זולת שבועת התו' ממש או שבועת השות' הבאה ע"י חשד ברגל"ד, ע"כ לא העתיק הסמ"ג-דין הג', ויעויין ש"ך (סי' רצ"ו סק"ג). — מיהו אפי' לפי השיטה הנ"ל דבעי הודאה עם נאנסה מן התורה, דמוכח דהיה תקנת חכמים לחייב שבועה על נאנסה גם בלא הודאה, היינו דווקא ביודע המפקיד שהיה לו ממון ביד זה וטוען שנאבד אח"כ אפי' יודע שהיה ריוח ואח"כ טוען שהפסיד מקצת הריוח כנ"ל, אבל אם מסופק אם הרויח כלל, ע"ז לא שייך אפי' שבועה מדרבנן, דלא הוה כעין שבועה דאורייתא דחייב בטוען נאנסה וק"ל, ע"כ כתב הסמ"ע (בסעי' י"ח) דבחושדו שמא לקח מן הריוח והעלים ממנו שזו שבועת השות' שתלוי ברצון השותף להשביעו והוא מדרבנן משום דמורי התירא וכנ"ל:

ומעתה דעת לנבון נקל שאפי' יש פ"פ לבע"ד לחלוק ולומר שגם בטוען הפסדתי מחמת שלא עלתה המלאכה יפה ונפסדה, שגם זו אינה שבועה של תורה ממש אפי' בטוען שנפסד כל הממון, ולא דמי לנאנסה, שגם הפסד זה העלה בספק על לבו בעת מסירת העיסקא, עדיין נוכל לומר דעכ"פ מדרבנן חייב שבועה שהיא כעין שבועת נאנסה, אבל ג"כ דווקא אליבא דשיטת ר"ת דבעי מה"ת הודאה עם נאנסה דמוכח מהגמ' שהיה ג"כ תק"ח לתקן שבועה מדרבנן

בנאנסה בלא הודאה, ויתיישב ג"כ על דרך הנ"ל. אלא שבאמת נראה לפענ"ד לדינא כיון דהסמ"ע נקט בדבריו נפסדה ע"י מלאכה, ולא נקט שנפסד ע"י מו"מ בפרקמטיא שהוזלה משמע דכה"ג הוי כטוען נאנסה ממש, וחייב שבועת התורה ועיין בנתיבות (ריש סי' צ"ג). — ובתשו' הרא"ש (כלל פ"ט הנ"ל) יש קצת חידוש בשאלה מש"כ שהתנו ששמעון יתעסק לבדו ויקח ה' שמינית בריוח והפסד ולראובן ג' שמינית בריוח והפסד א"כ יש כאן ריבית דרבנן, ואפשר דנתן לו שכר עמלו ג"כ, עכ"פ מוכח שגם במלוה על מחצית שכר ס"ל דיכול להשביעו בשמא כדין שבועת השות' ואפשר שזו הוא שהוצרך הרא"ש להשמיענו, ואם ירצה יכול להשביעו לאפוקי מד' ר"ת שבסמ"ג הנ"ל, ועוד יש ליישב דברי הרא"ש בכמה אנפי מה שצריך להשמיענו ואכ"מ להאריך יותר, עכ"פ לדינא כבר גיליתי דעתי הקלושה למעלה, והנני חותם באהבה רבה ואה"ע ודוש"ע כה"י כחפצו וכחפץ או"כ

אהרן שאול זעליג הכהן.

וזה אשר כתבתי אח"כ לכבוד מורי אלוף נעורי הגאון המפורסם הנ"ל על דברי מכתבו, נועם גיה"ק של גאון כת"ר מן ג' דחנוכה הגיעני, ודברי קדשו הנאמרים שם האירו לנגד עיני ומאוד שמחתי בזה ובאשר ידעתי רב אהבתו אלי ומדת טובו, אמרתי אובין ואדון בדבריו הק' ואדברה נגד מלכים מלכי רבנן ולא אבוש ומטיבותי' דמר קאמינא. ראשון כתב גכת"ר על מה שרציתי לחדש שהשותף שטוען טענת הפסד יש עליו שבועה גם באין השותף טוען שיש לו רגלים לדבר שיש לו חשד על טענתו שהיא בשקר, ורציתי ללמוד מדברי משמעות תשו' הרא"ש (כלל פ"ט) ומדברי השערי שבועות של הרי"ף (שער ח' ושער י"ח), וע"ז כתב גכת"ר וז"ל, יאמר נא אפי' אם היה כתוב דין זה מפורש כו' מנין היה להם לחדש דין זה שלא הוזכר בש"ס כו', הנה ע"ז אומר אשר לפענ"ד יש סמוכים למקור דין זה מן הש"ס אם כן הוא דעת הראשונים, מתרי טעמי. א) הרבה מרבותינו הראשונים אשר מובא דבריהם בש"ך בחו"מ (סי' ס"ו ס"ק קכ"ד) שגם בדבריהם שאין נשבעים עליהם מה"ת כגון בשטרות וכדומה מ"מ נשבעין עליהם שבועה שאין ברשותו שהוזכרה בש"ס ריש המפקיד ואף במקום שיגזול את שלו לגמרי [אם טענתו בשקר היא], מ"מ נשבעין עליהם שבועה שאין ברשותו, ומעתה יש לומר דס"ל להני רבוותא, דה"כ בכאן בהפסד הקרן מן המעות המשותף ביניהם משביעין אותו שבועה שאין ברשותו מהמעות שהוכנס לידו לצורך עסק השותפות, הגם שיש לפקפק ולומר דכי היכי שבשבועת התורה שבאה על קלקול הדבר שבבית השומר מחלקינן בין הפסד הבא ע"י משא ומתן להפסד שבא בגוף הדבר שלכך נתנו לו ושכיח זה, וא"כ ה"נ יש לומר שענין שבועה שאין ברשותו שחכמים תקנוה, לא תקינו רק לגבי טענת נגנב או נאבד וכדומה דלא שכיח, אבל לא לגבי טענת הפסד במשא ומתן ששכיח, מ"מ אין זה מוכרח, כי יש לומר שדווקא לגבי שבועת התורה כיון שלא מלינו בקרא רק נשבר או נשבה, או נגנב בשומר חנם, לא מחייבינן שבועת התורה אלא בכי האי גוונא, אבל שבועה שחז"ל תקינו לשבע שאין ברשותו, כל שיש חשש שמא ברשותו הוא הדבר הנמסר לו מחייבינן ליה לשבע שאין ברשותו, ולא מיבעי לשיטת הראב"ד שהובא בש"ך הנ"ל שסובר ששבועה שאין ברשותו גם בשטרות הוא מה"ת, וכבר הקשה עליו הטור (בסי' צ"ה) הא מקרא ממעטינן מעיקר השבועה ממילא ה"ה מכל השבועות, וכתב ע"ז הש"ך שטעם סברתו כו' אבל שבועה שאין ברשותו אפילו אי לאו קרא הוה מחייבינן ליה מסברא, דהיאך יעלה על הדעת שיפטר בלא שבועה, דשמא ברשותו הוא ולא שבקת חיי לכל מפקידים, ע"כ שייך זה אף בשטרות, וכיון שזו סברא חזקה, שכל שודאי נמסר והוא טוען שנתהוה

אח"כ

אא"כ שנכלה ונאבד והמפקיד אין יודע מזה, צריך לשבע לאמת דבריו, וא"כ ממילא סברא זו שייך גם בהפסד ע"י משא ומתן. ב) אף לכל שיטות הראשונים החולקים על הראב"ד וסוברים שגם שבועה שאין ברשותו אין על הדברים הפטורים מדין שבועת השומרים וכדומה, מ"מ לענין אם מדרבנן חייב הלא הוא מחלוקת הראשונים בזה, והש"ך הכריע לדינא כדעת הפוסקים הראשונים שמדרבנן מחייבינן שבועה שאין ברשותו גם בדברים שאין נשבעים עליהם, וכתב שגם הרשב"א והטור הכי סבירא להו, וכמש"כ הש"ך שאין לחלק ולומר שדווקא היכא שמשלם חיישינן שמא עיניו נתן בה אבל היכא שאין משלם לא חששו שיגזול את של אחר לגמרי, שאדרבה איפכא מסתברא דכיון דאפי' היכא שמשלם חששו לשמא עיניו נתן בה, כש"כ היכא שלא שילם, דאל"כ לא שבקת חיי לכל מפקידי שטרות דיאמר אבד ויפטר לגמרי, והאי סברא שייך נמי בהפסד מו"מ דלא שבקת חיי לכל נותנים לשותפות שיאמר שהיה הפסד בעסק:

עוד נראה לענ"ד שלפי דעת רבינו מאיר הובא במרדכי ר"פ המפקיד והובא בש"ך (סוף סי' ק"א) שבשבועת אין לי הוא מדינא דגמ', ולמד זה ממה שמשביעין אותו שבועה שאין ברשותו, וניחזי אנן במאי דומין זה לזה, וצריך לומר כי היכי שמחשש ספק שמא עיניו נתן בה מחייבין לו אף ע"י טענת ספק וצריך לומר שהטעם הוא לפי שמעיקרא היה אצלו הפקדון בודאי, וה"נ בטוען אין לי שמעיקרא היה אצלו ודאי מעות המלוה ועתה שטוען אין לי, מטעם שהפסיד במשא ומתן או מטעם שכלה מסיבות אחרות המזדמנות אנו משביעים ע"ז מספק שמא יש לו מעות וחפץ להשתמש בהם לעצמו, ומקור שבועה זו מתקנת החכמים בדין שבועה שאין ברשותו, ועכ"ל לענ"ד לפ"ז מלתא דפשיטא הוא שבטוען הפסד ע"י משא ומתן, צריכין אנו להשביעו שבועה שאין ברשותו היינו שכן הוא כפי מה שטוען שנפסד אצלו קרן העסק והוא שבועה דרבנן בנק"ח. — ולפ"ז נראה לענ"ד לומר, דמה דאיתא ברמב"ם (בפ"י מהל' שלוחין ושותפין) והובא זה בשו"ע (חו"מ סי' צ"ג סעי' י"ג) ישבע שבועת השותפין שפתחו משמע דאין שם רק שבועת השותפין ולא מחייבין שבועה שהיה הפסד מבלעדי שבועת השותפין מדין שבועה שאין ברשותו, משום דהרמב"ם לשיטתו אזיל שבפ"ה מהל' טוען סובר שאין בשטרות שבועה שאין ברשותו אף מדרבנן, ולכן גם בטענת הפסד גם כן אין לחייבו רק משום שבועת השותפים, אבל לדעת הפוסקים שסוברים שמחייבין שבועה שאין ברשותו מדרבנן גם במקום שטוען על גוף הממון, וכהכרעת הש"ך (בסי' ס"ו ס"ק קכ"ד) שהבאנו לעיל, שפיר יש לחייב על טענת הפסד ע"י מו"מ שבועה מדין שבועה שאין ברשותו. — עוד נראה לענ"ד שהפוסקים שמחייבין שבועה שאין ברשותו הוא בכל מילי גם במקום טענת גוף הממון, וכן מה שרציתי לחדש ולומר שבטענת הפסד מהקרן יש ג"כ שבועה גם בלעדי שבועת הוא השותפים, יש לומר שנוכל ללמוד זה מהא דאיתא בגמ' (פ"ג ע"א) סוף פרק האומנין במעביר חבית ממקום למקום שגם למ"ד נתקל פושע הוא מ"מ תקינו רבנן שיופטר בשבועתו, ופריך בגמ' מאי נשבע, ומשני שבועה שלא בכוונה שברתיה, ולכאורה יש לדקדק, הא הוה זה רק טענת ספק שמא הזיקו בכוונה והיאך מחייבין אותו לשבע מספק, וגם זה אין סברא לומר שזה שכיח, הכי נאמר זאת שהפועלים העוסקים בפעולתם למען ישיגו שכרם בעמלם יזיקו להבעה"ב בכוונה, הא סתמא דמלתא אמרינן להיפך אומן לא מרע אומנתו, והאיך יהיו העוסקים בהעברת החביות מועדים לשבור בכוונה, ואפ"ה אמרינן אליבא דר"מ דאמר נתקל פושע ותקנת חז"ל היה לפוטרו גם על הפשיעה רק על היזק בכוונה צריך לשלם שצריך לשבע ע"ז, וצריך לומר שהטעם הוא שכל שהיה אצלו ממון חברו ונפסד תחת ידו צריך לשבע מתקנת חכמים שנפסד באופן הפטור, כיון שבעלים אין יודעים מזה וגם לא הוה להו לדעת זאת, ואין זה דומה לטענת פרעון שהיורשים אין יכולים להשביע להלוה על חוב ע"פ שטוען שפרע שמא לא פרע, משום דפרעון שאני שכל חוב עומד לפרעון. אמנם הרמב"ם וסיעתו שאין מחייבין שבועה שאין ברשותו במקום שאין דין שבועת שומרים, יש לומר לדידהו שמאן דאמר דהשבועה שבמתניתין דהמעביר חביות בסוף האומנין הוא שבועה שלא בכוונה שברתיה היא שבועה מחודשת כאן שהיה נראה להם לחז"ל לתקן זאת, ואולי מתוך שהקילו על הפועלים לפוטרם גם בפשיעה החמירו על הפועלים שישבעו גם על הספק שמא שברו בכוונה ולא ילפינן מינה לדוכתא אחרינא:

ומ"מ אף לדעת הרמב"ם שמוכח מדבריו (בפ"י מהל' שלוחין ושותפים) שגם בהפסד הבא ע"י מו"מ בעסק השותפות אין שבועה זולת שבועת השותפים ולא שבועה אחרת מדין שבועה שאין ברשותו, מ"מ היה נראה לענ"ד לומר שבאופן זה אין צריך רגלים לדבר, רק טענת הפסד בעצמו נחשב כרגלים לדבר משום דלא שכיח לעסק שיהיה הפסד וסתמא דמלתא משתדל כל אדם בעסקו שיהיה ריוח ויהיה קרוב לשכר לא להפסד, וסמוכין לזה נראה לענ"ד להביא מהא דאיתא (ב"ב דף ע') גבי שטר כיס היוצא על היתומים דלמאן דסבר דלא מהימן לומר החזרתי במגו דנאנסו נשבע וגובה כולו מן היתומים אף הפלגא פקדון, והקשו התוס' שם בד"ה מאן דאמר נשבע וגובה כולו, אכתי אמאי גובה כולו נטעון להיתומים נאנסו, ותירצו דמלתא דלא שכיח הוא לא טענינן ליתמי דנאנסו קלא אית לה, ואכתי צ"ע למה לא נטעון שהיה הפסד במו"מ בהעסק, נהי דהא ליכא להקשות על מאן דאמר דטענינן החזרתי במגו דנאנסו וע"כ הדין דנשבע וגובה רק מחצה, למה לא אמר בגמ' שנטעון החזרתי במגו דהפסד ע"י משא ומתן, שיש לומר ע"ז שזה לא שכיח כלל וכלל שיהיה הפסד על כל העסק שיופסד ע"י משא ומתן שיהיה כלה כל הקרן לגמרי, ע"כ אמרינן רק שיהיה נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו, הוא שאירע אונס וסיבה שנאבד הכל באונס, אך מ"מ יקשה למ"ד דסבר דלא טענינן החזרתי במגו דנאנסו, ונאנסו גופא לא טענינן משום דלא שכיח, מ"מ אמאי גובה כולו שמא היה הפסד במו"מ ונפחות מהמעות שיעור האפשרי בפחת העסק מו"מ, אלא ודאי דמעמידין על חזקתו שלא היה הפסד בעסק ע"י מו"מ משום דלא שכיח הדבר שיהיה הפסד, וכיון דחזינן לפי שיטת התוס' דאומדנא שסתמא לא נחסר מהקרן ע"י משא ומתן חזקה כל כך עד שמוציאין מן היתומים בזה ממון מחזקתם, ודמי זה כמו טענת נאנסו, כש"כ שהסברא נוטה שיהיה זה מועיל להחזיק את החשד עליו פן משקר באומרו שהיה הפסד וזה יהיה מועיל כמו רגלים לדבר, ובזה יתחזק לנו מש"כ מקודם שלדעת הסוברים שהדין דאיתא בגמ', משביעין אותו שבועה שאין ברשותו מדרבנן גם במקום שנשאר בידו גוף הממון, שגם על הפסד הבא ע"י משא ומתן ג"כ הדין שמשביעין אותן שבועה שאינן ברשותו היינו שכן הוא שהיה הפסד כך, שאין לחלק שדווקא בנאנסו דלא שכיח, שהרי כבר הוכחנו שגם הפסד בעסק מקרי לא שכיח [ומכאן נראה לענ"ד להביא ראיה לדעת הסוברים שלמאן דסברי דלא טענינן ליתמי נאנסו ה"ה גניבה ואבידה אם היה אביו שומר חנם ג"כ לא טענינן ליתמי וזה נחשב ג"כ לא שכיח דהא הפסד מו"מ ודאי לא עדיף מגניבה ואבידה, ועיין תומים (בסי' ק"ח ס"ק ה') שהוא ג"כ הכריע כן], וכן נראה לענ"ד קצת משמעות בלשון הרמב"ם ושו"ע (סי' צ"ג סעי' י"ג) הנ"ל דאיתא אין אומרים שישבע שבועת השותפין כו' אלא ישבע שבועת השותפין וילך במנה שבידו, ולמה להרמב"ם לפתוח בחיוב שבועת השותפים שזה דווקא אם יש לו חשד ברגלים לדבר וזהו בכל עסקי השותפין, הכי הו"ל להרמב"ם לומר שאין נוטל

מועיל גם בשבועת השותפים אלא ילך במנה שבידו ושבועת השות' ממילא ידעינן שיכול להשביעו, ואין לומר דהשמיענו רבותא שגם על הקרן שייך שבועת השותפים בטענת ספק וכמש"כ גכת"ר דזה הוה דבר חידוש שגם על הקרן שאין שייך ע"ז כל כך מורה התירא אפ"ה משביעין בטענת ספק, הכי הו"ל להרמב"ם לומר ואם ירצה משביעו שבועת השותפים ומדקאמר סתם אלא ישבע שה"ש שפחתו כך וילך במנה שבידו, משמע דדינא קאמר שכן מורין לו ב"ד שישבע שה"ש שפחתו כך. — והנה על מה שהבאתי משמעות תשו' הרא"ש שעל הפסד מקרן משביעין גם בלי חשד ורגל"ד, וכתר"ה כתב ע"ז אדרבה משמעות תשובת הרא"ש הוא להיפך מדקאמר שם ואם ירצה ישביעו שאלו ההקפות הם מעסק השותפות משמע מלשון ואם ירצה, שב"ד אין פוסקין לו ע"ז שבועה רק אם ירצה היינו שחושדו ברגל"ד, לפענ"ד נראה דנוכל לומר דהאי ואם ירצה הוא לפי שבתחלה בלשון השאלה של הרא"ש בכלל (פ"ע סי' י"ד) שם בטענות ראובן לא נאמר שאין מאמין לו שזה היה מעסק השותפות רק שטען שלא הרשהו למכור בהקפה וע"כ אין מחויב לקבל זאת על חשבון השותפות, ע"כ קאמר הרא"ש אחרי שפסק שאם מנהג כו' צריך לקבל ההקפות, ע"כ אמר ואם ירצה היינו שיטעון שאין מאמין לו ופשוט:

אחרי כותבי כל הנ"ל לכבוד מר, מצאתי לפי דעת' הקלושה עוד ראיה למה שכתבתי שיש לבוא על הטוען שהיה הפסד בעסק חברו מדין שבועה שאין ברשותו, מדברי מהרא"י בתרומת הדשן (סימן ש"ח) שכתב על מי שמסר כ' זהו' ביד שמעון להוליכם ללוי שיקנה עבורו בהם וכו' ולוי אמר שלא קבל משמעון ושמעון אומר שמסרם ללוי, שהדין שנשבע שמעון, וזה לשונו שם, ואע"ג דשמא הוא דהא לא ידע אי יהיב ליה, נראה דהיינו טעמא דכל היכי שנאבד או נתקלקל או באיזה ענין שנפסד מן הבעלים, צריך לשבע שהוא כדבריו ואפי' חברו שכנגדו אין יודע בודאי להכחישו, והכי איתא במרדכי פ' שבועת הדיינים בתשו' רבינו ברוך ורבינו שמחה ומייתי ראיה מהא דאמרינן פרק המפקיד שמשביעין אותו שאין ברשותו, וה"נ איתא בתשובת מהר"מ בר"פ המפקיד ההא דמשביעין אותו שבועה שאין ברשותו [נראה כוונתו על מש"כ רבינו מאיר שלמד דין שבועת דין אין לי, מדין שבועה שאין ברשותו שהבאנו לעיל], הרי דמהרא"י סובר שכללא הוא שכל היכא שבא ממון חברו לידו ואח"כ נפסד אצלו לפי טענתו באיזה אופן שיהיה מחויב לשבע ע"ז הגם שחברו לא ידע, הן אמת שבנידון מה שמסר ליד השליח בעינן דווקא שיהיה ברי של המקבל ואז מחייבינן להשליח וזו"ז אין נשבע, ע"ז העיר מהרא"י באותו תשובה וכתב וז"ל, ולא קשיא לן אסברא זו מש"כ הרמב"ם וסמ"ג דאם מת הבע"ח אין יכול להשביע להשליח אע"ג שצריך לפרוע שנית ליורשיו כו' ואפ"ה אין יכול להשביע להשליח בטענת שמא, י"ל דהתם דשמא גרוע דלמה יש לנו לומר דלא עשה שליחותו הואיל שאין מכחישו והוא האמין לו להיות שליח ע"כ, הרי מוכח מדברי מהרא"י דעיקר חיובו של השבועה להשליח מטענת ספק הוא מפני שנפסד מן הבעלים, והברי של חברו באמת אין זה מועיל לחיוב השבועה על השליח, רק במקום שאין מי שמכחיש להשליח ריעא טענתו של המשלח בשמא דיליה מפני שאין שום ריעותא שהיה שינוי בשליחותו שהאמין לו בתחלה ע"ז, וא"כ לפ"ז במקום טענת הפסד במו"מ מן הקרן כיון שטוען שנפסד מן הבעלים מעות חברו שהיה ת"י מתחייב ע"ז שבועה מדין שבועה שאין ברשותו וכ"ד מהרא"י, גם בטענת שמא של התובע השותף השני, וכמש"כ לעיל. — וראיתי להנתיבות (נסי' נ"ג ס"ק א') בביאורים שכתב שאם נתן להמתעסק רשות להקיף והתיבית שהקיף א"א לגבותם צריך לשבע שבועת השומרים שבועה דאורייתא שנתן בהקפה ומייתי ראיה מהא (דסי' רנ"א סעי' כ"ג) שהשומר מחויב לשבע שנתן לאמו אע"פ שיש לו רשות לתן לאמו, עכ"ד. ולענ"ד יקשה ע"ז מדין המובא במהרא"י שהוא מד' הרמב"ם וסמ"ג בשלח מעות ע"י שליח לפרוע לבע"ח דאם מת הבע"ח א"י להשביע את השליח, ואע"ג שצריך לשלם שנית ליורשים כו' והתם הרי נתאבדו מעותיו שמסר להשליח ולמה לא יצטרך לשבע שבועת השומרים שנתן המעות לבע"ח ולא שינה בזה, אלא ודאי אמרינן שכיון שע"ז ניתן לו המעות לצורך זה אין שייך בזה שבועת השומרים ורק מטענת ספק רמינן עליו שבועה וכמש"כ מהרא"י וה"נ כשיש ריעותא היינו שהמקבל מכחישו וכנ"ל, וצריך לחלק זה מהא דלקמן (סי' רנ"א) שצריך לשבע שמסר לאמו, דהתם היה גניבה במעות הפקדון, ולא נסתלק מדין שמירת הפקדון במסירת לאמו שעדיין הפקדון בעין בעולם משא"כ בהא דהשליח מסר לבע"ח שבזה נחשב להחזרת הפקדון ממש לבעליו ונגמר שמירתו לכן אין על זה שבועת השומרים, וכן נמי בנתן בהקפה הרי בזה נסתלק מהמעות שהרי בשליחותו נגמר שמירת פקדון ע"ז שהרי נמכרו להמקבל בהקפה רק צריך לגבות חובות מאת הקונה ויהיה זה קבלת פקדון מחדש, ולכן אין לזה עליו שבועת השומרים, ובאמת מלשון הרא"ש ואם ירצה ישביעו שאלו ההקפות הוא ממעות השותפות אין נראה מלשונו של הרא"ש שהוא שבועת השומרים, דהיה להרא"ש להזכיר ישביעו שבועת השומרים ומדנקט סתמא משמע שהוא שבועה דרבנן כנ"ל:

עוד כתב גכת"ר אופן השני ליישב דברי השערים בשער ה' שבדין א' ובדין ב' כתב שנשבע שבועת התורה ובדין ג' כתב רק שנשבע ולא כתב שבועת התורה והוא שדעת השערים הוא כדעת ר"ת דלא מחייב שבועת השומרים מה"ת רק היכא דהוה שם הודאה במקצת וע"כ בדין הג' איירי שמה שמודה הילך הוא, והוכיח גכת"ר מלשון השערים בשער ד' שכתב גבי שבועה במודה מקצת הטענה וע"ז חייבה תורה שבועה בענין דיני שומרים, ובזה יישב גכת"ר דברי הסמ"ג שלא הביא הדין הג' מפני שהסמ"ג יהיה סובר דלא בעינן הודאה במקצת בשבועת השומרים, אלו דבריו, אכן אם כי הוא דבר נאה, אבל מה נעשה אחרי שמצאתי מפורש שהשערים אין סובר כדעת ר"ת שבשער ט' בדיני משכון כתב שנשבע שבועת התורה על טענת נגנבה במשכנו בשעת הלואתו שפסק שדינו כשומר חנם שישבע שבועת התורה שכך היה שנגנבה ויטול מעותיו, וכן במשכנו שלא בשעת הלואתו שדינו כשומר שכר שאם טוען שנאנס נשבע שבועת התורה ופטור כשומר שכר, וכן שם בפרטי הדינים שבמשכנו שלא בשעת הלואתו קאמר שם בענין א' ובענין ג' ובענין ה' שהמלוה נשבע שבועה התורה שנאבד המשכון אף שאין שם שום הודאה במקצת להמלוה, ודו"ק:

ומדי דברי בהני דיני שבפ"ט בשערים הנ"ל דבר חידוש גדול נאמר שם, על שבועה שאין ברשותו היכא שמשלם עבור הפקדון כמו בהא דמשכון שלא בשעת הלואתו שהוא שומר שכר ונאבד המשכון שמנכה מחובו עבור שווי המשכון, ואפ"ה האמר שם בענין א' ובענין ג' ובענין ה' ובענין ו' שבכולן איתא שם שהמלוה נשבע שבועת התורה שנאבד המשכון, אף שמנכה מחובו עבור המשכון כמה ששוה ע"פ דבריו, ואפ"ה נשבע שבועת התורה שנאבד והיינו שבועה שאין ברשותו מה"ת הוא, וצריך לומר שסברת השערים הוא שענין הנאת גוף החפץ בדמים ששוה לבד תשלומיו ג"כ חשוב זה ממון וצריך השומר לשבע ע"ז שאין בידו, וכדעת הרמב"ם שפשטות הכתוב על שבועת השומרים אם לא שלח ידו היינו שאין ברשותו החפץ הנפקד אצלו, והן אמת שלפ"ז לא יהיה מקור למש"כ לענין שיש על הפסד במשא ומתן דין שבועה שאין ברשותו, אחרי שזה דין בשומרים, שנגנב או נאבד וכדומה שצריך לשבע שאין ברשותו גם במשלם הוא מה"ת ובהפסד מו"מ אין כאן שבועה מה"ת, וא"כ אין ללמוד מזה, מ"מ

מ"מ י"ל שהשערים יסבור כדעת האומרים שגם בשטרות שאין שם שבועה מה"ת מ"מ יש שבועה שאין ברשותו מדרבנן ולכן גם בנפסד ע"י מו"מ יש ג"כ לחייבו שבועה מדין שאין ברשותו מדרבנן והסמ"ג אפשר שיסבור כדעת הרמב"ם שאין על שטרות דין שבועה שאין ברשותו אפילו מדרבנן :

ומצאתי להסמ"ג בהל' טוען ונטען (דף ס"ח ע"ג ד' קאפוסט) וז"ל הורו הגאונים שהאומר לחברו שטר שיש לי בידך זכות יש לי בו וזה אומר איני מוציא שטרי כופין אותו להוציא, טען שאבד ישבע היסת, ולכאורה יש לדקדק כיון דחזינן שסובר שאין משביעין לו על טענתו באבידת השטר שבועה שאין ברשותו, ולמה ישביעו לו שבועת היסת הא זהו טענת ספק שמא אמת כדבריו שאבד השטר אללו, ואולי יש לומר דמיירי שעיקר תביעת הזכות הוא על המוחזק בהשטר, ולכן כיון שיש לו טענת ברי על עיקר תביעתו מתחייב שבועת היסת כדין מנה לי בידך והלה אומר אין יודע, שאף שהתובע אין יודע אם יודע הוא מ"מ מחייבין לו שבועה שישבע שאין יודע, ודו"ק. עכ"פ נראין הדברים שהסמ"ג סובר בזה כשיטת הרמב"ם, ועי"כ השמיט דין הג', שגם בהפסד הבא ע"י מו"מ צריך לבוא מדין שבועת השותפין, אמנם לדינא אחרי שלדעת המרדכי שהביא בשם רבינו מאיר ולדעת מהרא"י לעיל מבורר שעל הפסד יש לחייב מדין שבועה שאין ברשותו, וכן לדעת השערי שבועות ברור דהכי ס"ל, וגם לדעת הרמב"ם וסייעתו שמוכח לדעתם שאין לבוא ע"ז מדין שבועה שאין ברשותו, מ"מ כתבנו שיכול להיות שבזה הדין ג"כ שזה הדבר גופא יש לבוא על זה מדין חשד ולא נצטרך רגלים לדבר יותר, וגם לזה יש סמוכין מדברי השערי שבועות שער י"ט שכתב על שבועת שאין לו מה לפרוע והאומר שהיא שבועה של חשד, ונראה שהשערים לשיטתו שהוכחנו דעתו שסובר ששבועה שאין ברשותו שבגמ' ריש המפקיד היא מה"ת וזה שייך רק בגניבה ואבידה וכדומה, אבל שבועה שאין לו במה לפרוע שאינה באה מדרכים כאלו אין בזה מקום לחייבו לפי דעת השערים [שאין סובר כשיטת הר"מ שבמרדכי ריש המפקיד המובא בד' מהרא"י] ורק בא עליה מטעם חשד, והטעם שעל אבידת ממון שאין ראוי להיות כן כל בע"ח צריך לזהר שלא יופסד ע"י ממון חברו שלא יהיה לו במה לשלם ועי"כ הפסד אין דבר מצוי שתהיה באה ע"י איזה סיבה ועי"כ הוא מקום על חשד, וה"ה בענין שותפות על טענת הפסד כיון שלא שכיח זה ע"כ הוא מקום לחשד, ולכן יש להשביע ע"ז שבועה בנק"ח, וכיון דלאידך פוסקים ברור שיש ע"ז שבועה בנק"ח בלא רגלים לדבר, ולהחולקים ג"כ י"ל שיש ע"ז שבועה של חשד גם בלא טענת שיש לו רגל"ד ודאי דראוי לפסוק כן, ובפרט שהש"ך הכריע לדינא שגם במקום שאין שבועה מה"ת כגון בשטרות מ"מ מדרבנן יש עליו שבועה שאין ברשותו, ולכן נראה שבמקום הפסד מהקרן לא יוכל להפך לומר אשתבע לי דחשידנא לפי שהיא באה על הספק, וככ"ל ודו"ק :

סימן ה

בעז"ה חקירה ומשא ומתן בדברי הש"ך בחו"מ סימן שנ"ח בענין לקח שלא מדעתו של חברו בדבר שידענו דניחא ליה על פי אומדנא ברורה :

הש"ך בחו"מ (סי' שנ"ח ס"ק א') כתב שלולא דעת התוס' והג"א והגהמ"ר (ברים פ' א"מ) היה דעתו שגם דקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, מ"מ היכא שלוקח דבר של חברו שלא מדעתו והוא דבר שידוע לו שיתרצה, חשוב זה היתר מתחלתו ונקרא בהיתירא אתא לידו ואין דומה ליאוש מפני ששם בע"כ מתיאש ולא ברצונו הטוב, ואלו היה יודע היכן הוא נמצא לא היה מתיאש, אבל כאן שידוע שיתרצה מותר במקום שידוע לו שלא יקפיד, ומסתפק אני בכוונת דבריו של הש"ך אם הדבר שנוטל נעשה שלו בנטילתו שלא מדעת חברו, או שאין לו בזה רק היתר לקח אבל מ"מ שלו אין נעשה. והנראה לענ"ד שנוטה משמעות דברי הש"ך שכל שמותר לקח נעשה שלו ג"כ, שהרי הש"ך דקדק בסוף דבריו, ואע"ג דבש"ס מדמה תרומה וטומאה ליאוש התם ידיעה ממש בעינן, וכוונת דבריו הגם ששם הוא ג"כ ברצונו ולא בע"כ ואפ"ה מדמה הש"ס להא דיאוש משום דשם ידיעה ממש בעינן, ולכן מדמי הגמ' לסברת אביי דאמרינן שמה שנעשה אח"כ גם שעומד לכך לא חשוב כאלו נעשה מתחלה, וא"כ לא חשיב העשיית התרומה וכן רצון ההכשר מים ומחשבתו לענין זה כאלו נעשה זה בעת מעשה, ואם כוונת הש"ך היה שאין כאן רק היתר לקח זה כל שידעינן שיתרצה לבסוף אבל קנין אין לו בו, א"כ שפיר מדמי הגמ' לתרומה ששם בעינן שיחול התרומה בעת קריאת השם תרומה שזה חשוב כקנין ממש. — אמנם הנו"ב (במה"ת סי' ע"ז) כתב אהא דאיתא בשו"ע חו"מ (סי' שנ"ט סעי' א') שאם הוא דבר שאין מקפיד עליו שרי ליטול, וכתב הנו"ב ע"ז שקנין אין לו בו רק שמותר לו ליטול, ולענ"ד צ"ע בזה דהא מקור דין זה הוא מהירושלמי (פ"ג דדמאי) דהלוקח ירק ומחזיר לבעלים שצריך לתקן וקאמר מן העליון מתקן ופריך ע"ז ואין אסור משום גזל ומשני כהדא דר' שמעון ב"ר כהנא כו' יעו"ש והובא בהגר"א בחידושיו שם, הרי מוכח מדבריהם דמותר לקח דבר שאין הבע"ב מקפיד שלא מדעתו ולקרות על זה שם תרומת מעשר ומעשר, ושם בעינן שיהיה שלו ממש ואת שאין שלו אין יכול לעשותו תרומה ומעשר. — הן אמת שיש לומר שכוונת הירושלמי יהיה שמתקן מן האגודות שלקח שאותם קנה במשיכה משום דקילי דמייהו כמבואר שם, והא דפריך הירושלמי „ואין אסור משום גזל" כוונת הירושלמי הוא, היאך מחזיר האגודות הרי יש בזה משום גזל כיון שאינן שלימות כמו שהיו בתחלה, אלא שזה דחוק לומר דלא שייך לומר ע"ז גזל רק לתא דאונאה וטעות שמטעה את בעליו שסובר שלימות הן, אלא ודאי שמשמעות הדברים שעלם נטילת העליון הוא משל המוכר דומיא דעובדא דמייתי בתר הכי שהוא נוטל דבר מועט משל אחרים. — עוד יש לומר גם אם נאמר דמיירי בלוקח משל בעלים ואפ"ה ניחא ג"כ הירושלמי לשיטת הנו"ב, דהא הנו"ב כתב שגם שאין קונה הנוטל דבר שאין אדם מקפיד שלא מדעת הבעלים מ"מ כיאוש נחשב ואח"כ כשיש שינוי רשות קנה כמו שכ' שם בנו"ב, וא"כ יש לומר גם בתרומה ומעשר שחל התרומה והמעשר דהוי שינוי השם כדאיתא בב"ק (ס"ז ע"א) דגנב וגזלן הקדישן הקדש, אך סברא זו אין נראה לומר כן, דאם שנחשב כיאוש ודאי לענין שינוי רשות היה אפשר לומר כן, אבל לא לענין שיועיל שינוי השם ושינוי מעשה לקנות בו אחרי שלא ירד עליו שם גזלן אחרי שבהיתירא לקח זאת לפי שלדעתו היה הדבר שאין מקפיד ע"ז, ואם היה בא ואמר שמקפיד אני ורוצה אני בהחפץ היה מחזיר לו בודאי ולא חשב לגוזלו ומאין יבוא עליו דין קנינים הנאמרים בגזילה, אחרי שמעולם לא נעשה עליו גזלן כי לקיחתו מתחלה היה בטעות כי סבר שלא יקפיד וא"כ היאך שייך בזה קניני גזילה, וגם מה שהנו"ב רוצה לומר שלכך מועיל הקידושין בדבר שאין מקפיד כמה שכתב הרמב"ם משום דהוי כיאוש ושינוי רשות וע"כ כשיבוא זה ליד האשה היא קונה ביאוש ושינוי רשות שאחר היאוש יעו"ש היטב בדבריו, ולענ"ד דבר זה קשה מאוד שאם נאמר שבעלם אין זה קנין בלוקח דבר שאין מקפיד רק מותר ליקח זאת להשתמש בו ואין על זה לתא דגזלן, מ"מ של חברו הוא, לכן לא נראה ע"ז לדון דין יאוש

ושינוי

ושינוי רשות, בשלמא ביאוש אמתי התורה עשתה להחפץ שבעליו מתיאשו שמותר לכל אדם לקח ולקנות אותו רק הראשון שבאיסורא אתא לידו לא יוכל לקנות אותו ועליו מוטל חיוב החזרתו להבעלים, וע"כ מועיל השינוי רשות שאחר היאוש, משא"כ כאן אם נאמר שאין יכול לקנותו הלוקח דבר שאין חברו מקפיד, מה יועיל השינוי רשות, הלא כמו שבאים על הראשון מדין דבר שאין מקפיד כן אנו באים על השני בזה שהיתירו הוא רק משום שאין כאן קפידא לקח אותו אבל איזה קנין יעשה השינוי רשות, הכי נתחדש יאוש אחר לקיחת הראשון עד שבא ליד השני:

ע"ב נראה לענ"ד לומר שמסתבר הדבר שכל שאם דנין שמותר לו לקח נעשית שלו ממש וקונה במה שנוטל ומגביה לזכות בעצמו, ומה שהקשה הנו"ב מהא דאמרינן בב"מ (ל' ע"ב) גבי הא דר' ישמעאל ב"ר יוסי דהיכא דאמר לכו"ע אפקרינהו ולך לא אפקרינהו לא הוה הפקר, ולמה יגרע זה מדין דבר שאין הבעה"ב מקפיד ע"ז שמותר לכל לקח ולגבי ההוא גברא מקפיד ר' ישמעאל ע"כ לא יהיה הוא רשאי לקח, אך כבר ישב בספר אבני מלואים (סי' כ"ח ס"ק מ"ח) דמלשון הפקר דייק הגמרא אבל אין הכי נמי כל שנותן רשות ואין מקפיד אם יטלו שפיר קונה, עיי"ש, ובאמת גם לולי דין של אינו מקפיד יש להקשות הא אפשר היה לר"י לומר כל הרוצה לזכות יבוא ויזכה ואני אקנה לו, בזה לא יהיה גרע משליחות שמועיל באומר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום שיועיל זה אם יקנה, ובזה היה יכול להתנות חוץ מהאי גברא שאותו לא רצה ר' ישמעאל שיזכה בו, ולכן נראה לענ"ד להוסיף על דברי הא"מ שלכך דקדק ר"י בר"י לומר בלשון הפקר משום דאם לא אמר לשון הפקר רק שאינו מקפיד על כל מי שיטול, מ"מ כיון שבאמת הוא דבר שדרכו להקפיד וא"כ יש מקום לחוש אולי חזר בו ומקפיד עליו ולכך אמר בלשון הפקר שאז אין יכול לחזור בו רק לזכות בתורת זכות ולכן שפיר פריך הגמ' וכהאי גוונא מי הוה הפקר. — וקצת ראיה נראה לענ"ד להביא דכל שאין מקפיד קונה הזוכה בהגבהתו בקנין גמור, והוא דאיתא שלהי ב"ק (קי"ט ע"ב) מסתתי אבנים אין בהם משום גזל מפסגי אילנות כו' בזמן שבעה"ב מקפיד עליהן יש בהם משום גזל אין בעה"ב מקפיד עליהם הרי אלו שלו, וזה מכבר דקדקתי בזה מדוע ברישא גבי מסתתי אבנים קתני אין בהם משום גזל, ובסיפא קתני באין מקפיד עליהם הרי אלו שלו, ואמרתי בזה משום דברישא גבי מסתתי אבנים שאין האומן המסתת האבן מגביה את הנוסר מתחת הסיתות ולא קנאן עדיין בהגבהה ע"כ קאמר אין בהם משום גזל, שאם ירצה האומן לזכות בהנוסר מתחת הסיתות אין בזה גזל ויכול לזכות, אבל כל זמן שלא זכה בהם המסתת בהגבהה אינם של האומן עדיין, משא"כ בסיפא במפסגי אילנות מפסגי גפנים ומנקפי היגי ומנכשי זרעים ועודרי ירקות בכולן עוקר הפועל בידיו ומגביה אותם בידיו, ולכן כל שאין בעה"ב מקפיד ממילא הרי הן של הפועל שקנאם בהגבהתו בידיו ולכך קתני שפיר הרי אלו שלו, א"כ הרי אנו רואין שכל שאין דרכו להקפיד כל המגביה לקנות קנה לעצמו ונעשית שלו:

דגם שלענין לקח שלא מדעת אין ראיה מזה דיש לומר דהני מילי בדבר שיודע הבעה"ב שיש כאן דבר שאין מקפיד שאחד יקח זה, אז יכול הזוכה לזכות בזה ונעשה שלו, אבל לקח שלא מדעתו של בעה"ב שאין הבעה"ב יודע מזה מאומה, ולא נודע לו אם יודרש זה לאיש מה שאין מקפיד עליו, וא"כ אפשר שגם אם נאמר כדעת הש"ך שמותר זה מ"מ אולי אין כאן דין קנין שלא מדעת בעה"ב, מ"מ לענין ראית הנו"ב מהא דר"י בר"י שפיר מוכרח מהאי סוגיא דשלהי ב"ק שלא כדבריו שהביא ראיה הנ"ל שהרי בעובדא דר"י בר"י ג"כ יודע מזה שיש דבר שאין מקפיד עליו ע"ז

ושאחרים יזכו בזה, וא"כ במה שאין מקפיד לחוד סגי וא"כ ע"כ צריך לומר שהגמ' מדייק מלשון הפקר, וטעם הדבר שהוצרך לומר הפקר נאמר כמש"כ ודו"ק:

ובבדי לברר איך הוא כוונת הש"ך אם רק שיש לו היתר לקח דבר שבודאי יתרצה לבסוף וגם עכשיו אם יודע לו, או שגם יש בזה קנין להלוקח בדבר הזה ג"כ, אקדים לדבר בענין זה בעיקר ד' הש"ך ודעתו ואח"כ נדבר בעז"ה בדבר זה לברר הדבר בס"ד. איתא בקידושין (נ"ב ע"ב) ההוא סרסיא דקדיש בפרוטא דשיכרא אתא מריה דשיכרא אשכחיה אמר ליה אמאי לא תיתיב מהאי חריפא אתא לקמיה דרבא אמר לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד כו', וכתבו שם בתוס' ד"ה אם, התם (ב"מ כ"ב) מוקי לה דשויה שליח כו' וא"כ צריך לומר גבי פרוטא דשויה שליח דאי לאו הכי מאי מייתי, עכ"ל. — והנה כוונת התוס' לדקדק דמאי מועיל ג"כ מה שגילה דעת לבסוף דאמר כלך אצל יפות דהוצרך רבא לומר דלא אמרו אלא לענין תרומה אבל הכא משום כיסופא וכו', דמשמע דאילו היה זה גילוי דעת באמת דניחא ליה היה מועיל, הא שם בב"מ מוקמינן דווקא דשויה שליח ולולי זה אין מועיל דאמרינן השתא הוא דניחא ליה, ולכאורה יש לדקדק על דבריהם הא סברא זו דאמרינן השתא הוא דניחא ליה אבל מעיקרא לא הוא סברת אביי ולכן מוקמינן שם אליבא דאביי דשויה שליח, אבל לרבא לא נצרך לאוקמא דשויה שליח רק משום דבעינן אתם לדעתכם, והכא דרבא קאמר לה למה נצטרך אליביה לאוקמא דשויה שליח, אך באמת כוונתם מדוקדק היטב משום דאמרינן שם דבדבר שיש בו סימן גם רבא מודה דיאוש שלא מדעת לא הוה יאוש ואע"ג דשמענו דמיאש לבסוף מעיקרא לא הוה יאוש, והכא דמיירי בדבר שדרך אדם להקפיד בזה שם באותו המקום מדפסיק רבא למלתיה דגם קידושי ספק לא הוה, וא"כ בזה גם רבא מודה לדעת אביי דאמרינן אע"ג דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא ניחא ליה, ולכן נצרך לאוקמא דשויה שליח, אחרי כותבי זאת מצאתי כעין דברי בספר המקנה יעו"ש אך מ"מ שיטת התוס' דחוקה מאוד לפרש הגמ' דשויה שליח כיון דדייקינן מסתמא דאמר דאפילו ספק קידושין לא הוה, ואם מיירי שלוה להסרסיא לקדש בהשכר, והספק הוא רק אולי יכול היה לקח הגרוע מזה למה לא יהיה הקידושין כלל, ולענ"ד הא עדיפא מהא דתרומה דהתם ידעינן שסתם דרכן של בני אדם לתרום בבינונית והשליח שינה ממנהג סתם בני אדם ותרם מיפות, אבל הכא כיון שלוה לקדש משלו ולא פרט במה, ראוי לומר שסתמא דמלתא כל מה שירצה לו דעתו לקח לכך נתן לו רשות סוף דבר שיטת התוספות דחוקה מאוד, והריטב"א כתב הובא דבריו בספר אבני מלואים (סי' כ"ח ס"ק מ"ז) וזה לשונו, הלכך הכא גבי קידושין דלא בעי שליחות ובזיכוי סגי לה אלו הוה אמרינן דכלך אצל יפות הוה גילוי דעתא דניחא ליה בהכי סגי לן, דכיון דהשתא איתנהו לקידושין ביד האשה בעין שלא נתאכלו זכה אידך בהו השתא ומיקדשא בהו ואע"ג דמכאן ולהבא הוא זוכה וזה מבואר, עכ"ל הריטב"א ממש, והנה רואין אנו דעת הריטב"א דאם היה באמת עתה ניחא ליה היתה מקודשת ע"י שהמעות המה בעין ביד האשה, ובס' אבני מלואים שם הקשה ע"ז במה קנה האשה את זה עתה, כיון דעתה לא יהיב לה המקדש המעות, ומסיק שם האבני מלואים, ואפשר דהכא כיון דבעלים רוצים לתן לשם קידושין אמרינן דיהב לה לאשה ומדין עבד כנעני היא מתקדשת להמקדש עכ"ל, ולענ"ד הוא תמוה מאוד דזה ידוע שבקידושין בעינן שיקדש האיש את האשה ובעינן אמירה שיאמר לה הרי את מקודשת, ובהיה מדבר עמה על עסקי קידושיה ונתן לה סתם דהוה קידושין הוא משום דכיון שהיה מדבר מקודם בענין זה ונתן לה סתם נתינתו דמי כאלו אמר לה בפירוש שמקדשה, וכן קבלתה

ג"כ

ג"כ מוכיח שמתקדשת לו היינו שרלונה בזה, אבל הכא שנתן לה קודם בלי ידיעת הבעלים וקידשה, ואח"כ במה שהבעלים גילו דעתן שניחא להו בזה מה מועיל זה שיהיה חלין הקידושין הלא אח"כ לא קידשה ובמה דניחא להו בקידושין בזה לא מקדשה, ודברים שבלב אינם דברים ושתיקותה אח"כ ג"כ לא מוכיח לנו שעתה היא מתקדשת לו, ובקידושין הבאין מדין עבד כנעני בעינן שם אחד משני דברים או שיהיה הנותן שליח של המקדש לקדשה, או שהמקדש בעלמו יאמר התקדשי לי במה שנתן לך פלוני וכמבואר בהא"ע (סימן כ"ט סעי' ה'), אבל הכא היאך חלין הקידושין אח"כ כיון שקידושין הראשונים לא חלו לפי שאז היה שאינו שלו, והההכרח לענ"ד לדחוק בדברי הריטב"א דלכך השמיענו רבא שלא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד בכדי שגם אם היה מקדשה אח"כ והיה אומר לה שמקדש בהשכר שגילה בעל השכר דעתו דניחא דעתו בזה לזה ג"כ לא מהני משום דאמרינן דמחמת כיסופא אמר זה, אמנם בר"ן איתא בזה הלשון „אבל הכא לענין מי שנטל לעלמו משום כיסופא הוא דאמר לו כי היכי דלא ליכסוף אבל למפרע לא ניחא ליה" עכ"ל, יראה שדעת הר"ן אינו כשיטת הריטב"א שרלה לומר שיהיה הקידושין מכאן ולהבא. אך באמת דברי הר"ן לריך ביאור כיון דאמרינן שמשום כיסופא אמר ליה הכי, א"כ גם מכאן ולהבא אין לו בזה שום קנין בהשכר, ולמה הולרך הר"ן להוסיף „שלמפרע לא ניחא ליה" ונראה לענ"ד לומר שדעת הר"ן שמכאן ולהבא אמרינן שלוא יהיה דבריו משום כיסופא, מ"מ הוה זה נתינה כל שאומר בפיו שמתרלה על נתינה, ואין לומר בזה דזהו הוה תלוה ויהיב דהא זה הוה אונסיה דנפשיה שמאנס עלמו לתן ודברים שבלבו שיוכל להיות שאין רלונו בכך באמת אינם דברים, (ואף שמלינו למר זוטרא בב"מ שגם לבתר דאמר אמאי לא יהיב לרבנן מהנך שפירתא ג"כ לא אכיל, התם מדת חסידות היה שכל שלא ניחא ליה באמת אין רלונו לאכלו), רק כוונת הר"ן שבאמת אם היינו אומרים שכלך אצל יפות הוה גילוי דעת ברור שגם למפרע ניחא ליה, בזה היה מועיל גם שהקידושין יחולו למפרע מפני שהוא עומד לכך שהסרסיא רשות לו לקח על דבר כזה, רק כיון דאמרינן שרק משום כיסופא אמר ליה הכי ובאמת אין ניחא ליה בזה אין מועיל לענין למפרע :

ונראה לענ"ד לומר שזהו שיטת הרמב"ם שכ' (בפ' ה' מהל' אישות הל' ח') הנכנס לבית חברו ולקח כלי או אוכל וכיולא בהן וקידש בזה אשה ובא בעה"ב אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה אינה מקודשת שלא אמר לו דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו, והואיל וקידש בממון חברו שלא מדעת חברו הרי זה גזל ואינה מקודשת, וכו'. והנה בדברי הרמב"ם יש לדקדק חדא מוכח מדבריו שאם היה זה כוונתו באמת ולא משום כיסופא היתה מקודשת למפרע, והרמב"ם לא הזכיר שלוהו מקודם כמש"כ התוס' וגם דבריו אינם ע"פ שיטת הריטב"א שהקידושין רק חלין מכאן ולהבא גם אם היה ניחא לו באמת, שהרי כתב בלשונו בדקדוק שני הטעמים שלא אמר אלא כדי שלא יתבייש עמו, ואח"כ סיים בדבריו הואיל וקידש בממון חברו שלא מדעת, משמע מדבריו הק' שאם היה כוונתו באמת שניחא לו דבר זה אז לא היה חסרון מה שלקח מתחלה שלא מדעתו והיה הקידושין קידושין. ועוד מוכח מדבריו, שזו הסברא שאמרינן שלא אמר רק מחמת כיסופא הוא רק עושה שלקיחה שלקח מתחלה שלא מדעתו אינה לקיחה והרי זה גזל אבל אם מתחלה לא היה לוקח המעות רק אחרי אמירתו הי' מועיל דאל"כ היה לו לומר שלא אמר אלא כדי שלא יתבייש והרי זה גזל ואינה מקודשת ולמה הולרך להוסיף תיבות אלו, „הואיל וקידש בממון חברו שלא מדעתו" נראין הדברים שהוא כמש"כ בשיטת הר"ן והוא זה שיטת הרמב"ם שעל להבא יש לומר אף שאמר מחמת כיסופא מ"מ אמירתו אמירה, או לכל הפחות על להבא היה זה ספק קידושין פן ניחא לו עתה באמת אך על למפרע כל שאין הוכחה דניחא ליה לא מיקרי עומד לכך שיהיה רשאי לקח שלא מדעתו, וע"כ אמרינן הואיל והיה הלקיחה שלא מדעתו, הוה לקיחת גזל שלא נתברר שעמד לכך שיהיה דבר זה דבר שניחא לבעלים שיהיה קידושין, רק הוא בחזקתו הקדום שהוא דבר שבעה"ב מקפיד ע"ז ולכן לא הוה קידושין, ומטעם זה אמרינן דהקידושין לא חלו כלל ואפילו קידושי ספק אין כאן פן אמר זה באמת ולא מחמת כיסופא, והוא מטעם זה שכל זמן שלא נתברר שזה הוא ניחא לבעלים ועומד לכך שילקח באופן זה בלא דעתו, ממילא הוא בחזקת חברו שנלקח שלא מדעתו, ובחזקת גזל הוא ולא הוה קידושין כלל. — עכ"פ למדנו דעת הרמב"ם וכן הוא לענ"ד דעת הר"ן שכל היכא שיהיה בירור לנו שלא אמר מחמת כיסופא רק באמת אמר שהיה לו ליטול מיפות או הוכחה אחרת דניחא ליה מועיל שגם מעיקרא יהיה הקידושין, ולא דמי זה לענין יאוש שלא מדעת, וכן הוכיח המחנה אפרים בהל' גזילה סימן כ' שדעת הרמב"ם והטור כן הוא, והרמב"ם סיים בסוף דבריו ואם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז מקודשת מספק, והנה המח"א שם וכן הביא בשם התשב"ן וכן המל"מ כולם פירשו דברי הרמב"ם בסיגנון אחד שהספק הוא משום שוה פרוטה במדי, דמיירי שהוא פחות משוה פרוטה וא"כ מוכח דעתו שאם היה שוה פרוטה בכה"ג שהוא דבר שאין הבעה"ב מקפיד בודאי היתה מקודשת בודאי, הן אמת שדקדקו לפי שיטה זו למה לי' למינקט הכא האי דינא של קידושי ספק בפחות משו"פ, והרמב"ם הכי הו"ל למימר שאם קידשה בדבר שאין מקפיד הוה מקודשת ודאי וממילא ידעינן שבפחות משוה פרוטה הוה קידושי ספק וכמו שכתב הרמב"ם לעיל (פ"ד הל' י"ט), ואפשר לומר שלכך נקט האי גוונא משום דרלה להשמיענו שבעינן דבר שאין מקפיד בודאי ובירור, ולכן הביא לדוגמא כגון תמרה או אגוז והני אין שוה פרוטה, ואין הכי נמי אלו היינו יודעים שאין מקפיד על השוה פרוטה היו הקידושין קידושין וודאין. — אמנם הב"ח והט"ז והב"ש וכן דעת הגר"א ז"ל שכולם פירשו שהספק דנקט הרמב"ם ז"ל הוא שמא מקפיד יעוי"ש, והטעם שלא סמכינן בבירור על האומדנא שאין מקפיד כי אולי מ"מ מקפיד הוא יעוי"ש, ולדברי הש"ך בסי' שנ"ח המובא לעיל מוכרחים אנו לפרש דברי הרמב"ם כדעת הרשב"ן והמח"א והמל"מ וסיעתם שהרי חזינן שאמימר ורב אשי סמכו על האומדנא דודאי יתרלה ואכלו—מיהו יש לומר דאין הכי נמי דלענין ממון סמכינן על האומדנא ומותר לאכול, רק לענין במקום חומר איסור דאשת איש מספקינן מ"מ אולי אפשר מקפיד הוא בזה, במקום שיהיה נוגע להקל, כגון אם פשטה וקבלה אח"כ קידושין מאחר וכדומה, ובזה שאמרנו שלענין ממון אנו סומכין על האומדנא ידוקדק לשון הרמב"ם לשיטת המפרשים שהספק הוא אולי מקפיד והיינו דנקט בלשונו „ואם קדשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד" הרי כתב סתם דבר שאין בעה"ב מקפיד בהחלט ולמה אח"כ כתב דהוה ספק שמא מקפיד לדעת המפרשים כן דבריו הנ"ל, והכי הו"ל למימר אם קדשה בדבר שאין בני אדם מקפידין, או הוה לו לומר בדבר שנראה ע"פ האומד שאין מקפיד, אך למש"כ יתפרש הכי שכוונתו דבר שאין בעה"ב מקפיד היינו שלענין דין ממון דיינינן זה למלתא דפשיטא שאין מקפיד, מ"מ לענין קידושין חשבינן זה למקודשת מספק מלד חומר האיסור דא"א, עכ"פ למידין אנו מדברי הרמב"ם הנ"ל וכן מהר"ן שכתבנו שהוא הולך ג"כ בשיטת הרמב"ם שכל שאנו באין מלד שאין מקפיד הרי הוא כשלו שהרי מועיל זה גם לענין קידושי אשה, ולא שנאמר שאין לו בזה רק היתר לקח ולאכול אבל לא שיהיה שלו :

ונראה לענ"ד לומר בדין זה אם הלוקח דבר שניחא ליה לחברו שלא מדעתו אם קונה זה הלוקח, או לא, לפי

לפי שלא היה מי שיקנה לו, שזה יהיה תלוי במחלוקת הראשונים, והוא דאיתא במרדכי פ"ק דב"מ בענין מי שהביא סחורה למכור בבית ראובן ואמר שלא בפני המוכר שזכתה לו חצירו וא"כ הקנה המוכר לאחר שיש מחלוקת אם זכה הקונה או בעל החצר, והובא זה בשו"ע (ח"מ סי' רס"ח) ומחלקותם לא הוכרעה, וא"כ ניחזי אנן לדעת הסוברים דזכה בעל החצר הגם שהמוכר לא ידע שלוקח הבעה"ב לעצמו את הסחורה הנמכרת ואפ"ה כיון שידעינן שניחא להמוכר למכור במקח הזה, יכול לקנות ולזכות בזה לעצמו והוה זה קנין גמור שמבטל בזה קנין גמור שעשה המוכר והקנה לאחר אח"כ, וא"כ חזינן שמה שאנו יודעים שניחא לבעל החפץ יכול הזוכה לזכות בזה שלא מדעתו של בעל החפץ ונעשה בזה שלו ממש, וא"כ מלתא דפשיטא הוא שהלוקח דבר שאין מקפיד עליו בבירור שנעשה שלו ממש בלקיחתו לבד, ואמנם לדעת החולקים שם וס"ל שזכייתו לא כלום היא והסחורה שייך להקונה ולא לבעל החצר, עכ"ז עדיין יש לומר שבעלם הדין של הלוקח דבר שניחא ליה לחברו שלא מדעתו יודה ג"כ שיכול לקח ולקנות בזה, ומה דהתם לא הוה של בעל החצר הגם שניחא ליה להמוכר למכור בהמקח שרצה הזוכה הוא בעל החצר לזכות באופן זה, אפ"ה יש לומר שטעמם של החולקים הוא משום שכיון שאין דעת המוכר להקנות רק עבור מעות וכל זמן שלא שילם לו המעות עבור הסחורה, או שהתחייב לו בפירוש בסכום המעות שיסמוך דעתו ע"ז אין רוצה המוכר להקנות באופן כזה ומעולם לא ניחא להמוכר להקנות באופן כזה, אבל אין הכי נמי בדבר שלא נחסר נתינת מעות, או שהזוכה מזכה המעות עבור המוכר ע"י אחר בזה גם החולקים יודו שקונה שלא מדעתו כיון דניחא ליה באמת בכך:

ואשר אחזה עוד להעיר בזה והוא שהרשב"א והר"ן כתבו בפ' אלמנה שמי שהרשה לשלוחו למכור איזה דבר שלו במקח קצוב שאין השליח יכול לעכב לעצמו במקח שקצבו הבעלים, משום שלא הרשהו רק למכור אבל לעצמו אין מועיל כי אין לו מי שיקנה לו והובא בטור ושו"ע (ח"מ סי' קפ"ה) יעו"ש, וא"כ לשיטת זו מלתא דפשיטא שדבר שאין מפקיד רק שהוא בלתי ידיעת בעל החפץ, הגם שנוכל לומר ע"ז שדעתו להקנות למי שירצה לזכות בזה מ"מ אין קונה הזוכה משום שאין כאן מי שמקנה לו, שהרי גם בכאן הרי ניחא לבעלים למכור במקח הקצוב שאמר לשלוחו ואפ"ה אין חל קנינו שקנה זה לעצמו, מפני שבעל הדבר הזה לא חשב להקנות להשליח בעצמו, ויעויין במחנה אפרים (הל' שלוחין סי' כ') שהאריך בזה והביא דעות רבים מהגאונים החולקים ע"ז וגם הוכיח שדעת רבינו האי גאון לחלק בין מטלטלין לקרקע שבקרקע בעינן שיהיה דעת איש מקנה לעיכובא ולכן אין השליח יכול לעכב לעצמו, אבל במטלטלין יכול לעכב לעצמו ולקנות בהגבהתו. — והנה הטור והשו"ע סתמו כדעות הסוברים שהשליח אין יכול לעכב לעצמו ולא חלקו בין מטלטלין לקרקע, ואולם בדבר שאין מקפיד כתבו והעתיקו כלשון הרמב"ם וכמו שהוכחנו לעיל בדברינו שמוכח דעת הרמב"ם שדבר שאין מקפיד גם שלא מדעתו של בעל החפץ חלין הקידושין, וכיון שדעתם שלקנות לעצמו אין יכול גם דניחא לבעלים בכך והילך חלין הקידושין נהי שמותר לקח הדבר שאין מקפיד מ"מ אין בזה קנין ובמאי מקדשה, וסברת הנו"ב שמטעם יאוש ושינוי רשות אתינן עלה כבר כתבנו למעלה שלא מחוור לומר כן, ונראה לומר כיון שכל הטעם הוא משום שאין כאן קנין משום שאין כאן מי שיקנה לו וכסברת הרשב"א וסיעתו שהבאנו לעיל, וא"כ לזה מועיל מה שמקנה לה שהיא קונה את הדבר שאין מקפיד כיון שיש לו לתן נעשה כמו שמקנה לה ברשות הבעלים, ובשליחותם הוא עושה זאת כיון דניחא להו באמת גם שלא מדעתן זה הנראה לענ"ד לומר כן. ובעיקר דבר זה שאין השליח יכול לעכב לעצמו כבר כ' שיש חולקים ע"ז וכמבואר במח"א שם באריכה, וגם הביא דברי מהרי"ט (סי' קכ"ז בחלק א') שמפקפק קצת על דין זה והקשה ע"ז מהא דשם דמיהן ומניחן הגם שאין כאן מי שמקנה לו, ולענ"ד אין מזה קושיא כלל די"ל דנהי שאין כאן קנין כל זמן שאין כאן מי שיקנה לו מ"מ מותר לקח ולהשתמש בו ולעשות בו חפצו ולאכול, ובכגון זה התחייבות הדמים שמניח ע"ז הלקיחה חל עליו לענין שאם יופחת או יאבד יחול עליו התחייבות הדמים עבור שלקח החפץ הנ"ל והשתמש בו, ואם יתייקר אח"כ ויבואו הבעלים וירצו לקח החפץ בחזרה כל זמן שהוא בעין כיון שלא היה כאן מקנה לא נגמר הקנין, ולכן שם בב"מ לא איכפת לן אם יגמר בזה הקנין או לא ע"כ רשאי להשתמש בו, אבל לענין חלות וגמר הקנין יש לומר שכל זמן שאין כאן דעת מקנה או בשליחות לא נגמר הקנין *):

היוצא מכל האמור שדין זה אם הזוכה שלא מדעת בעלים בדבר דניחא ליה במחלוקת שנויה אם הוא קנוי לו או שהוא רק היתר בעלמא, ולכו"ע נראה דאפשר שאם נותן לאחר וכאופן האמור בתוספתא בפ' הגוזל בן אלל אביו ועבד אלל אדוניו קולן ונותן פרוסה לבנו ולבתו ולעבדו של אוהבו ואין חושש שכך נהגו, וכל כה"ג יקנה האחר בזה קנין גמור וזה יהיה הסברא בהא דקידושין, שכל כה"ג היכא שהוא מכירו וסתמא ניחא ליה שיקח דבר מועט לצורך קידושין, יחשב נתינתו להאשה נתינה גמורה שתזכה האשה בתורת קנין לצורך קידושין של המקדש ונחשב שיש כאן דעת מקנה:

אך לדעת התוס' והרא"ש והגהמ"ר דב"מ שם גבי הא דאמימר ומר זוטרא ורב אשי דאיקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק שדעתם שאין להם לסמוך לאכול על מה שיתרצה לבסוף משום כיון דהשתא לא ידע וזה הוה כדין יאוש שלא מדעת, והוא נגד דעת הרמב"ם והטור והשו"ע שכתבו דהוה קידושין בדבר שאין מקפיד באמת, ומה דהוה רק קידושי ספק הוא או משום פחות משוה פרוטה או משום שמא מקפיד, אמנם מ"מ נראה לענ"ד לומר שגם לדעתם של התוס' והרא"ש והגמ"ר הנ"ל לא קאמרי אלא במלתא דלא ברירא כולי האי אם הבעה"ב אין מקפיד, ואולי אפשר יקפיד אז אסור לקח גם אם יתרצה לבסוף, אבל מלתא דברירא שאין מקפיד גם לשיטת התוס' וסיעתם יהיה מותר גם שלא מדעתו ואין זה דומה ליאוש שלא מדעת משום דשם ביאוש הוה בע"כ וכסברת

*) הגה"ה ויש להעיר לענין זה מהא דאיתא (בב"ק דף נ"ז) איתמר החוקף ספינתו של חברו ועשה בה מלאכה אמר רב רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל, ושמואל אמר אינו נוטל אלא פחתה וקאמר שם בגמרא דלא פליגי הא דעבידי לאגרא והא דלא עבידי לאגרא, ואבע"א הא והא דעבידא לאגרא הא דנחית אדעתא דאגרא והא דנחית אדעתא דגזלנותא, וכתב שם הרא"ש שהיכא דלא קיימא לאגרא אפילו נחית אדעתא דאגרא אין משלם אלא פחתא, ונראה מדבריו שהטעם הוא משום שנחשב כגזלן היכא דלא קיימא לאגרא במה שנשתמש בספינת חברו, ולכן אין מחויב לשלם אפי' נחית אדעתא דאגרא, אמנם היכא דקיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא אין נחשב כגזלן מה שנשתמש בספינת חברו שלא מדעתו של בעל הספינה, והיכא דנחית להשתמש שלא אדעתא דאגרא, אפילו אם קיימא לאגרא, כתב הטור שיש לו דין גזלן ואין צריך לשלם אלא פחתא, וא"כ צריך לומר הטעם שבמקום דקיימא לאגרא נחשב היורד שלא מדעת חברו אדעתא דאגרא כשוכר שמתחייב בתשלום השכר ולא כגזלן, הרי אנו רואין שכל שעומד לכך ומסתמא ניחא לבעלים ג"כ ליטול שכר עבור הספינה ושישתמש חברו חשבינן זה בהיתירא ולא נחשב כגזלן, אך צריך עיון למה לא יהיה נחשב כשוכר ממש כיון דאמרינן דהבעלים ניחא להו בכך, ואפשר לומר שאין כאן ניחותא גמורה אחרי שאפשר שיהיה פחתא יותר על שכרו, ויש לעיין בזה:

וכסברת הש"ך הנ"ל. — ונראה להביא ראיה לזה דהא הרא"ש הולך בשיטת התוס' שלא מהני מה שכשיתודע יהיה ניחא דחשיב יאוש שלא מדעת, ואילו בחולין בפ' כל הבשר (סי' כ"ו) כתב שנהגו להתעטף בטליתו של חברו ולברך וסמכו על זה דניחא לאינש לקיומי מצוה בממונו, ואמאי נהי דניחא ליה כשיתודע מ"מ השתא לא ידע והרי הוא כיאוש שלא מדעת לשיטת הרא"ש, וע"כ צריך לומר שע"כ לא אמרו התוס' והרא"ש רק במקום שאין זה דבר ברור, אבל במקום שהוא דבר ברור כו"ע מודו דמותר לקח גם שלא מדעת חברו על סמך דניחא ליה, וזה ראיה ברורה לענ"ד. והנה מדברי הרא"ש שכתב שגם יכול לברך עליו נראה מוכח שעל סמך דניחא ליה לא לבד שמותר לקח גם יכול לזכות בזה בתורת קנין הגם שאין כאן מקנה, אמנם המג"א (בסי' י"ד ס"ק ח') עמד ע"ז מה שכתב שיכול לברך ונראה שלהמג"א פשיטא ליה שנהי שמצד ניחותא שרי ליטלו אבל קנין וזכיה לא יוכל להיות שלא מדעת חברו ולפי מה שבארנו לעיל דעת הרמב"ם וסיעתם יכול להיות גם קנין וזכיה מצד הסברא דניחא ליה רק למש"כ לעיל שלעצמו לא יוכל לזכות לפי שאין כאן דעת מקנה יהיה קשה על הרא"ש קושית המג"א, ואולי נדחוק בכוונת הרא"ש שכשירצה לברך יקח ע"י אחר שיתן לו הטלית של חברו במתנה על מנת להחזיר אחר התפלה בכדי שיהיה יכול לברך ודו"ק בכל זה, אמנם מה שמבואר לקמן בסי' תרמ"ט שמותר לקח אתרוג של חברו בשאר ימים אבל לא ביום א' משום שצריך קנין שיהיה שלו וזה א"א שלא מדעת חברו יקשה זה לכאן, ונאמר ששם מיירי לענין שבעצמו יטול ויברך זה הוא רק בשאר ימים, אמנם ביום ראשון יהיה ג"כ עצה לקח ע"י אחר במתנה ע"מ להחזיר, או שנאמר כתירוצו של המג"א שרשות לברך גם על טלית שאולה, ודו"ק בכל זה:

סימן ו

אשר כתבתי להשיב לרב אחד על שאלתו לענין דינא ובארתי איזה דברים בענין פעולה.

א) **הרא"ש** בתשובותיו כלל (ק"ד סי' ו') המובא בחו"מ (סי' של"ג סעי' ח') כתב אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך ועשאה האומן כו' והוא דבר שאם לא יקחנו יפסיד חייב המצוה לפרוע לאומן כל הפסדו, ומדמי זה להלכו חמרים ולא מצאו תבואה שהפסיד על ידן מלאכת היום כו'. והנה מדברי הרא"ש מוכח שהתשלומין הוא רק מטעם דיני דגרמי ולא מדין שחייב לשלם לפועל עבור פעולתו כדאיתא בב"ק קט"ז, דהתם אין לבוא מצד דיני דגרמי שהרי לא פשע השוכר להפועל שהרי מצאו שמת או שהבריא ורק מצד שעשה את שליחותו כמבואר בגמ' שם, וצ"ע למה מחולק זה העובדא שנשאל הרא"ש מהא דב"ק, וביותר קשיא לענ"ד דברי רבינו הגר"א ז"ל שם (סי' של"ג ס"ק מ"א) שציין שני מקורות על דין זה, א') שע"פ דבורו הפסיד וחייב מדיני דגרמי כמו הלכו חמרים ובב"ק קי"ו השוכר את הפועל, עוד הוסיף בליקוט שם, כמש"כ בתוספתא ולקמן (של"ה ס"ג) שכרו להביא תפוחים לחולה כו' והרי שני המקורות סותרים זא"ז שלטעם האחד אין חייב רק מה שהפסיד ואם בעת הזאת שעשה לא היה לו להרויח במקום אחר הלא יפטר על שכר פעולתו שלבד הפסד הקרן, וכן אם אירע לו אונס שאין צריך להכלי ג"כ יפטר, ולטעם הב' משום דעביד שליח שליחות והוה חייב בכל גוונא והיאך כתב שני מקורות אשר אינם שוים לדינא:

והנה הנתיבות שם (ס"ק ע"ו) הקשה על זה הא גם בשכרו לעשות בשל הפקר ואמר שכרך עלי חייב לשלם ואין יכול לומר טול מה שעשית בשכרך, ותירוצו שזה לא בגדר פעולה רק בתורת קנין לפי שויו, ובאמת הגדר מה נקרא קנין ומה נקרא פעולה הוא בלי יסוד נכון לגדר בזה, כי באמת לענ"ד נראה שגם לשון ואקחנו שמשמע שהוא רק הבטחה לקנין מה בכך מ"מ כיון שעבור פעולתו מבטיח לו לקנות ממנו, יכנס זה בגדר התחייבות עבור פעולתו לקנות ממנו הדבר הזה וכמו כל תשלום שמתחייב לשלם עבור הפעולה שהפועל עושה לצורך המצוה לו לעשות, וניחזי אנן למ"ד אומן קונה בשבח כלי, וכל אומן נחשב כמוכר השבח שלו לבעל החפץ הכי נאמר שאין עליו חיוב מצד פעולתו לקח השבח שהשביח האומן ולשלם כפי מה שקצב עמו, אלא שזה בעצמותו בחיוב תשלום הפעולה שמחויב לקנות ממנו כפי מה שקצב עמו, וה"נ בנידון זה של שאלת הרא"ש ג"כ אכתי ישאר הקושיא למה לא נאמר שמצד חיוב תשלום פעולתו מחויב לקנות ממנו כפי מה שקצץ עמו בעת שציווהו, וע"כ לא כתב הר"ן (נפ"ה דע"ז) גבי הבעלי לי בטלה זה דפריך הגמ' והא מחסרא משיכה שמזה למדנו שהשוכר את הפועל ופסק עמו לתן לו כור חטים עבור פעולתו שלא קנה החטים רק יכול לתן דמיהם, זהו הטעם משום שחיוב הונא סתמא על המעות שויו של הדבר הזה, אבל כאן איך שייך דבר זה דהא אין דורש רק דמים דמי החפץ, וא"כ הכא למה לא יתחייב לקנות ממנו ולשלם לו דמי המכירה כפי מה שקצב עמו. — אמנם שותא דרבינו הנתיבות לא ידענא, במה שכתב בקושיתו הא גם בשכרו לעשות בשל הפקר ואמר שכרך עלי חייב לשלם כו', היכן נמצא דין זה שבשכרו בשל הפקר ואמר שכרך עלי שחייב לשלם ואין יכול לומר לו טול מה שעשית כו', אם מהא (דסי' של"ה סעי' ב') בשכרו ללקט בשל הפקר, הלא כיון שמלקט עבורו הרי נקנה לו הדבר כדין המגביה מציאה לחברו וא"כ עשייתו הוא בדבר שהוא של השוכר להפועל, וגם בסעי' ג' בשכרו לשמור הלא גם באמת הדין הוא שיכול לומר טול מה שעשית בשכרך:

ב) **וראיתי** בשיטה מקובצת (בב"מ דף קי"ח) שמביא בשם הרשב"א שהקשה למה פטור בשל הפקר מאי שנא מהשוכר לעשות בשל חברו ואמר שכרך עלי שחייב לשלם אע"ג דלא קנה מידי ובשל הפקר סתמא כאומר שכרך עלי הוא, ותירץ דבשוכר לעשות בשל חברו כיון דחברו נהנה חייב מדין ערב וחייב כאלו הוא נהנה ממנו, משא"כ כאן לא נהנה לא הוא ולא אחר כיון שלא קנה החפץ ע"י שמירתו, וא"כ מעתה אין שום קושיא של הנתיבות על נידון של האומר להאומן עשה לי כלי כו' שאין כאן חיוב שכירות לולא דינא דגרמי שהרי לא עשה לו שום דבר שעדיין הוא של האומן ולא נעשה לו מאומה, והא דשכרו לעשות בשל הפקר שאני שקנה עבורו בהגבהתו, אבל דבר של האומן אין יכול להקנות בהגבהתו עבורו שהגבהת המוכר אין מועיל להקונה כ"א כשנעשה ע"י אחר ולכן אין לדון מצד שכירות פועל בזה רק מדין קני' וכל זמן שלא בא לרשותו לא קנה, ורק מצד דינא דגרמי אתינן עליה. — ומעתה תתורץ הקושיא על הרא"ש שהולרך לטעמא מן דינא דגרמי, מאי שנא זה מהא דשכרו להביא תפוחים לחולה ומצאו שמת שחייב, דשם מיירי שקנה עבור המשלח מאחר, וא"כ הפעולה הוא בשל המשלח, משא"כ בהא דעשה לי דבר פלוני שם עשה לו משלו, ובזה נראה ליישב דברי רבינו הגר"א ז"ל ששני המקורות המה מתחלקים כפי שהיה בהעובדא זה, שאם הדבר שעשה היה משל הפועל האומן אז אין לחייב רק מדינא דגרמי, אבל אם הדבר שעשה החומר שהוא נעשה מזה קנהו מאחר אחרי שציוהו לעשות עבורו וקנה עבורו המצוה, בזה ניתי עלה מדין פועל דעביד שליחותו וכמו הא דתפוחים:

והנה

והנה כת"ר כתב לתרץ קושית הנתיבות, והוא שעל חומר הכלי שנפסד ע"ז אין לבוא מצד פעולה רק מצד דינא דגרמי, ועל טורחו ועשייתו בזה נבוא מצד פעולה, והרא"ש שהצריך לומר מצד גרמי הוא על הפסד החומר שנעשה מזה הכלי. והנה בתחלת ראותי את דבריו, עלה ברעיוני שבזה יתורץ דברי רבינו הגר"א ז"ל ששני המקורות והטעמים שניהם נצרכו, שטעם גרמי יהיה על הפסד חומר של הכלי, וטעם השני שהביא מהא דתפוחים מב"ק קט"ז יהיה על שכר הפעולה, אמנם אחרי שנתישבתי ראיתי אשר מוכח מגמ' שא"א לומר כן, ובאמת גם הפסד החומר שנעשה מזה הפעולה נכלל ג"כ בשכר פעולה, והוא דאיתא שם (קט"ז) בבעיא דירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו ופריך הגמ' מהא דהשוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקין כו' ומצאו שמת או שהבריא נותן לו שכרו משלם, וא"כ לפי הקושיא בעיא הגמ' למימר שישלם עבור הפסדו ג"כ שהפסיד את חמורו או ששפך יינו ומדמי זה הגמ' להא שהביא כרוב ודורמסקין שמשלם עבור מה שעשה עבורו גם שלא הגיע לו תועלת, ומאי דמיון הוא הא ההיזק שנעשה לו אין זה נכנס בפעולה רק שמזיק דבר שלו בפקודתו וצריך לשלם מצד שגרם נזק לו בפקודתו, ואפ"ה חשיב זה הגמ' כפעולה ורק משום דלא עביד שליח שליחותו נפטר עבור זה ורק טרחתו משלם לו, וה"נ בנדון של העושה כלי עבור המלוה גם הפסד החומר שעשה מזה הכלי נכנס ג"כ בשכר הפעולה וכיון דעביד שליח שליחותו יתחייב לשלם כל הנעשה עבורו, וזאת דוחק לחלק בין היכא שהנזק בפני עצמו הוא לצורך שיהיה לו יכולת לעשות הפעולה, ובין הפסד של גוף החפץ שקנה ממנו לצורך הפעולה רק שלא נגמר קנין שנאמר שזה לא יוכנס בשכר הפעולה:

ג) **והנה** במה שכתבתי לחלק הא דתשובת הרא"ש מהא דשכרו להביא תפוחים או הא דכרוב וכו' לחולה מפני ששם מיירי שקנה עבורו וחשוב עושה בשלו, ובהא דהרא"ש הוא משל בעל המלאכה, יש לעיין דהא הברייתא סתמא נקט שכרו להביא כרוב ודורמסקין, ומשמע שזה הדין גם אם היה שוכרו להביא משלו שיש לו במקום שהוא נמצא שם ואפ"ה אמרינן שנותן לו שכרו משלם משום דעביד שליחותו, וא"כ מה יש לחלק הא דהאומר לאומן עשה לי דבר פלוני מזה עד שאנו צריכין בזה לבוא רק משום דינא דגרמי. — לכן נראה לענ"ד לומר בביאור הדבר שגדר פעולה מיקרי כל שעושה דבר לתועלת חברו הן שהשביח ממונו או שעשה רצונו לתועלת איזה ענין ודבר כמו שאדבר עליך לשלטון, או שחוק לפני רקוד לפני כדאיתא בקידושין (ס"ג ע"ב), וא"כ לכאורה צריך להבין מדוע באומר לו לשמור דבר של הפקר לא מיקרי זה פעולתו, הלא עשה לו בזה את רצונו ובקשתו, ולכן נראה לענ"ד לומר שגדר החילוק הוא כך, כל שהוא תועלת לממון שראוי הוא בין לו ובין לאחר, ע"כ הדין כל שהממון לא נעשה שלו לא מיקרי זה עשיית פעולתו, ולכן בשכרו לשמור דבר הפקר זה לא מיקרי פעולתו שהרי שמירה זו היא תועלת להממון שראוי בין להמלוה בין לאחר, משא"כ בהא דכרוב ודורמסקין, וכן בהא שירד להציל שאין בזה שום תועלת רק להמלוה בזה יש לבוא מדין פעולה שפועל לתועלת המלוה, ולכן בהא דהרא"ש באומר לעשות דבר פלוני שאותו דבר ראוי גם לאחר לקנותו בזה לא מיקרי פעולתו כל שלא זכה בו וזה דמי כמו שכרו לשמור דבר של הפקר:

והנה בהא דאיתא בגמ' בשכרו לשמור בשל הפקר שיכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך ומוכח מדברי הרשב"א המובא בשמ"ק שם שאין על השוכר להפועל שום חיוב לשלם כלל, ומשמע שגם אם מה שעשה אין שוה כפי מה ששכרו אין עליו חיוב לשלם אחרי שלא עשה לו מאומה בעבורו, ונראה לענ"ד שזה יהיה תלוי במחלוקת הפוסקים הראשונים אם אחד אומר לחברו השלך חפצך לים ואשלם לך אם חייב מדין ערב על זה, ומובא זה בר"ן (בפ"ק דקידושין) גבי תנם ע"ג הסלע שלדעת הרמב"ן ז"ל כשאומר לו מפורש זרוק מנה לים ואתחייב לך מתחייב מדין ערב, אמנם שיטת הרשב"א ודעת קצת חכמי צרפתים שחיוב דין ערב הוא רק כשבא לרשות בן דעת יעו"ש וכן הוא שיטת הרא"ש (בקידושין פרק א' סי' י"ג), ומעתה נאמר שלדעת הרמב"ן יש לומר גם בשכרו בהבטה בהפקר ואומר שהוא ישלם לו שמחויב לשלם מדין ערב גם דלא אתא לידו דלא גרע זה מאומר השלך לאיבוד, ולפי שיטה זו של הרמב"ן וסיעתו נצטרך לפרש שם בסוגיא הנ"ל (בב"מ ק"ח) שבאמת יש חיוב עליו לשלם על השוכר לשמור בשל הפקר אם לא ישוה מה שעשה כדי חיוב שכירותו שקצב עמו רק שיכול לומר לו טול מה שעשית על חשבון התשלום שכרך כיון שלא נעשה הפעולה לעצמו, אמנם לשיטת הרשב"א והרא"ש ושארי הראשונים הסוברים שעל זה אין עליו חיוב ערבות כל שלא קבל בר דעת ע"י אמירתו בזה הוא פטור לגמרי, וכיון שכתבנו לעיל שענינו של תשובת הרא"ש באומר לו עשה לי ואקחנו ממך דמי כשכרו לשמור בהפקר, ולדעת הפוסקים הנ"ל והרא"ש בכללם כל שלא אתי לידי בן דעת אין כאן התחייבות עליו, ולכן בזה אין עליו חיוב תשלומין על מה שאמר לו לעשות רק מצד דינא דגרמי שגרם לו היזק במה שחזר ולא לקחו ממנו, אמנם לשיטת הרמב"ן דלעיל שכל שאומר עשה דבר זה גם שהולך לאיבוד מתחייב מדין ערב אפשר שיש לומר גם בזה שציוה לו לעשות גם דלא אתא לידו מתחייב מדין ערב על כל מה שהבטיח לו שעל פיו עשה את פעולתו, ומעתה נראה לענ"ד שאפשר לומר ששני המקורות שציין רבינו הגר"א ז"ל בשני הטעמים מטעם גרמי, ומטעם ההיא דב"ק בשכרו להביא לחולה כו' יהיה טעם האחד לשיטת הרא"ש הנ"ל והשני יהיה לפי שיטת הרמב"ן:

ודברי הרא"ש בתשובתו הנ"ל הואיל ואתא לידן אעיר מה של"ע לענ"ד דבריו הק' שכתב שחייב מצד גרמי ומייתי ראיה מהא דהלכו חמרים ולא מצאו תבואה, וקשה לי בזה דהא בהלכו החמרים משמע מדברי התוס' (ב"מ ע"ו ע"ב) שכל החיוב מצד גרמי הוא, שגרם להם נזק שנתבטלו על פעולת היום, ולפ"ז אם גם אתמול בעת ששכרם לא היה להם מקום אחר להרויח להשכיר היה פטור, או אם שארי פועלים מתגרי בתלתא ואיהו שכר בארבעה אין צריך לשלם רק שלשה שלא גרם להם יותר היזק, אמנם הרא"ש בעצמו כתב בפ' האומנין שהלכו חמרים מתחייב בשכר פעולת היום גם אם אתמול לא היו מוצאים להשכיר עצמם וכן אם פועלים נשכרים בג' ואיהו שכרן בו' והמה ימצאו להשתכר בג' שמשלים להם עד ו', וא"כ לדעת הרא"ש מוכח שהא דהלכו חמרים חשיב כהתחילו במלאכה שמתחייב בכל שכרן גם לולא דינא דגרמי, וא"כ לדינא של הרא"ש בתשובה דלא אתא עלה רק מצד גרמי אין להביא ראיה מהא דהלכו חמרים, שאם יש התחלה שחייב מדינא גם לולא טעמא דגרמי, ונראה לענ"ד לתרץ מצד ההכרח שהרא"ש מייתי מקור לדינא מן דעת הסוברים שבהלכו חמרים החיוב הוא רק מצד גרמי, הגם שלפי שיטתו בעצמו אין ראיה משם לחייב מדינא דגרמי, רק באמת הרא"ש דן בזה מצד הסברא שיש כאן דינא דגרמי וראייתו משיטת הפוסקים הסוברים כן דהלכו חמרים החיוב הוא רק מדינא דגרמי:

ד) **ומזה** שהעיר כת"ר בשכרו לשמור של הפקר למה לא נתחייב לו לשלם מצד דינא דגרמי כמו עובדא דהרא"ש באומר לו לעשות לו כלי מה לי אם הוציא ממונו על פיו או הוציא טרחתו על פיו (לשון הנתיבות של"ה ס"ק ב') עכ"ד. והנה לא ביאר כת"ר היטב כוונתו, אם מיירי באופן שאם לא שכרו היה נשכר לאחרים בזה ודאי שיש לחייבו מדינא דגרמי שהרי על ידו הפסיד מלעשות ולהשתכר וזה דמי ממש להלכו

להלכו חמרים ולא היה לו לומר משום שהוליא טרחתו על פיו רק שהפסיד מלהשתכר, אלא מסיגנון ד' כת"ר יראה דעתו שיש לבוא עליו מדינא דגרמי גם שלא היה מוכא להרויח אלל אחר רק שעל ידו הטריח עלמו וע"ז ישלם לו מלד גרמי, ובזה נראה לעג"ד כיון שבכלל דינא דגרמי לשיטת רוב הפוסקים הוא קנסא או תקנתא דרבנן ולא מלינו רק בהפסד ממון שהפסיד ע"י גרמתו או במקום שהפסידו מלהשתכר בפעולתו, וכאשר כתב הקלה"ח בזה לפי שמלינו בתורה חיוב תשלום שבת על ביטול מלהשתכר במלאכתו ולכן גם גרמי חייב בזה, ויעויין בקלה"ח (סי' של"ג) שהאריך בזה אבל גרמי על טורח שגרם לו לא מלינו חיוב על זה. — ונראה לעג"ד להביא ראיה לזה מהא דאיתא (ב"מ ע"ו א') דמשני הגמ' הא דהטעו זא"ז דאטעו פועלים אהדדי דבעה"ב אמר בתלתא ואיהו אמר להו בארבעה, דמסקינן בגמרא דבבעה"ב עסקינן דאמרי ליה אי לאו דאמרת לן בארבעה זילא לן מלתא לאיתגורי, ואפ"ה ממון אין להפועלים לתבוע מהשליח הוא הפועל ששכרם מפני שלא אמר שכרכם עלי, ומ"מ למה לא יתבעו מן הפועל שגרם להם במה שסיקר להם שבעה"ב אמר בארבעה ועי"ז הטריחו עלמם לעשות הפעולה ובפחות מזה אין רלונם לעשות, ואללם פעולתם וטורחתם יקר, אלא אנו רואין שכל שלא הפסיד להם ממון אין לחייב מדינא דגרמי, וכן בהא דאמר בגמ' דאיכא דמתגרי בתלתא ואיכא דמתגרי בארבעה דאמרי אי לאו דאמרת לן בארבעה טרחינן ומתגרינן בארבעה, ג"כ אין לבוא על השליח מדינא דגרמי שאין זה נזק ברור אולי לא היו משיגים מי שישכיר אותם בד' ולכן אין לחייבו מלד דינא דגרמי מספק. והכתיבות שכתב האי סברא מה לי אם הוליא ממון מה לי אם הוליא טרחתו, הוא רק לחייבו מדין פועל בחיוב שכר פעולתו וע"ז שפיר קאמר שכך לי אם הוליא על פיו ממון או הוליא פעולתו, אבל במקום שחיובו רק מלד דינא דגרמי אין לנו שום מקור בתשלום טורחו במקום שאין עליו חיוב תשלומין מלד עלמות הפעולה, ובזה אני אומר ג"כ כדבריו במקום ששכרו ג"כ לשמור בשל הפקר ואמר לו שהוא ישלם לו והוא היה יכול להשתכר במקום אחר, אם לא היה נשכר לכאן, שגם להרשב"א שאין מחייבו משום פועל יש לחייבו מלד דינא דגרמי, ובזה שפיר אמרינן שיוכל לשלם גם בשוה כסף במטלטלין, ואם נאנס גם שלא בפשיעת השומר יפטר השוכר לשומר מלשלם לו, דהגרמי הוא רק שהבטיח לו לשלם ולקבל הדבר הנשמר על ידו וכשאינו רולה לקבל יש עליו חיוב גרמי, אבל כשנאבד הדבר גם שהוא שלא בפשיעת השומר, מ"מ כיון שא"א לו לקבל הדבר אין לחייבו מלד דינא דגרמי. — ובאמת בהא דשכרו לשמור בשל הפקר שיכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך, שכתבתי לעיל (באות ג') שלשיטת הרשב"א אם מה שעשה אין שוה כפי שכר פעולתו שהשכיר אותו אין לריך להשלים לו, מ"מ זה נראה לי שאם היה יכול להרויח במקום אחר והוא סמך עליו שישלם לו כפי מה שקלב בשכרו והוא יזכה בההפקר, יתחייב לשלם מדינא דגרמי, אך אם לא היה לו במה להרויח במקום אחר לא יתחייב לו להשלים לפי שיטת הרשב"א, ודו"ק:

עוד העיר כת"ר למה בהא דזרוק מנה ליס ואני אשלם לך גם למאן דלא מחייב מדין ערב למה לא יתחייב מדינא דגרמי, וכת"ר תירץ ע"ז דיכול לטעון משטה אני בך, לעג"ד לא כן עמדי ואפי' שאמר לו מפורש שהוא בלא השטאה מ"מ יכול לחזור בו לשיטת הסוברים שכל שהולך לאיבוד אין בזה דין ערבות, דאילו היה בזה חשש משטה גם בפעולה לעלמו שיש ע"ז דין התחייבות כמו טול דינר והעבירני יכול לומר משטה אני בך ויפטור, וא"כ מטעם משטה היה לפוטרו גם מדין ערב גם למ"ד שיש ע"ז דין ערב, אלא ע"כ לריך לומר שמחלוקתן של הפוסקים אם מתחייב באומר זרוק מנה ליס גם במקום שאין מטעם משטה, וא"כ לריכין ליישב מדוע לא יתחייב מטעם גרמי, ונראה לעג"ד לומר בטעם הדבר שאין כאן גרמי משום דאין יכול לבוא מטעם חיוב גרמי רק במקום שהוא גרם שיפסיד חברו מפני שהוא סמך עליו, אבל במה שהניזק גרם לעלמו ההיזק אין כאן חיוב גרמי, ולכן בהא דזרוק מנה ליס הוא גרם לעלמו, כי מי הכריחו לזרוק ולתבוע מחברו הנזק לא תזרוק ולא תתבע, וכיון שחיוב מדינא על זה מטעם אמירתו אין כאן, ממילא אין יכול לבוא עליו מתורת גרם ההיזק, משא"כ בהא דהרא"ש בעשה לי דבר פלוני הוא סמך עליו שלא ילטרך לתבוע ממנו נזק כי לא יהיה בזה נזק כי הסחורה תהיה נלרכת לו כפי אמירתו שיקנה מאתו רק נעשה הנזק מלד שינוי דבורו, לכן יכולים לבוא עליו מטעם גרמי, וכן היכא שמלוה לכתוב שטר לעשות הלואה, או האי עובדא דהגרע"א בתשובתו במקום אשר הסוחרים הביאו הסחורה למי שהבטיחם לקח מאתו ואמרו לו שיביא להם הסחורה, בכולהו לאמירתו לא היה נזק אם היה מקיים דבריו, ולפ"ז יתיישב האי עובדא דתשו' הרא"ש באומר לחברו שחוט פרה זו ואם תמלא טרפה אתן לך כך וכך בעד הבשר טרפה וחזר בו הקונה שפטרו הרא"ש שם, שהקשו הב"י והמל"מ בהל' טוען והגרע"א והנתיבות למה לא יתחייב מטעם גרמי כמו עובדא דהרא"ש בעשה לי כלי פלוני, ונראה לעג"ד לומר בסברתו של הרא"ש שאין הכי נמי אם היה כוונת האומר שנלרך לו הבשר טרפה והוא ישלם לו כפי המקח שקלב ועל סמך זה שחטה ודאי דהיה מתחייב לשלם מלד גרמי אם היה חוזר בו, וכדינו של הרא"ש בהא דעשה לי כלי פלוני והקחנו ממך, אך הכא בתשו' הרא"ש מיירי שממעון הקונה מעולם לא היה לריך לבשר טרפה, וכן משמע בעובדא הנ"ל שהבשר נמכר לאחרים וממעון גבה המעות, רק כוונת שמעון היה שמקבל עליו להעמיד לו סך המעות מבשר הטרפה היינו שאם לא יהיה כפי סך הנ"ל שיסלק לו משלו, והוא כמו שכתבתי שבמקום שאומר לו עשה היזק בשלך ואני אשלם היזיקך שאין לבוא בזה מטעם גרמי לחייבו, כי על מה סמכת לעשות היזיק בשלך שאני אשלם לך, לא תעשה ולא תקבל תשלומין, כי הוא לא הכריחו לזה, ולכן כל זמן שמן הדין אין כאן גמר קנין וחיוב אין לחייב ג"כ מטעם דינא דגרמי, רק דין זה תלוי בהא דאומר זרוק ליס ואתחייב אני לך אם יש על זה דין ערב, והרא"ש לטעמו שסובר שבזרוק מנה ליס אין כאן דין ערב:

ה) **עוד** אמרתי לבאר בעיקר הדבר בענין הא דשכרו בשל הפקר, והנה מש"כ לעיל (באות ג') שלשיטת הרמב"ן וסייעתו שס"ל שגם בזרוק מנה ליס חייב מדין ערב וא"כ בשכרו להבטה בהפקר דלא קנה, שמתחייב לשלם באומר שכרך עלי, מ"מ יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך מפני שהפעולה לא נעשה לעלמו רק שמוטל עליו להשלים לו מה שנחסר משויו לכל תשלום השכירות שקלב עמו, עתה הדרנא בזה, כי מוכח מדברי הרמב"ן המובא בשמ"ק שם בב"מ שמפרש הגמ' דלכך בשכרו לשמור בשל הפקר דפטור, משום דמיירי שידע שהוא הפקר, ולכן כל ששכרו לשמור בשל הפקר דהבטה בהפקר לא קנה, הוה כשכרו לעשות בדבר שאין שלו. נמלא לשיטת הרמב"ן כל ששכרו לשמור בשל הפקר, דמיא ממש כשכרו לעשות בשל חברו שאם ידע שהוא של חברו או שהוא של הפקר אז אין עליו חיוב כלל, ואם אמר שהוא שלו אז דמי כמו אם אמר שכרך עלי שחייב לשלם, וכן מדברי הר"ן המובא בשמ"ק נראה ג"כ שמפרש הטעם דשכרו לשמור בשל הפקר הוא ג"כ בהראהו לעשות בשל הפקר בפירוש יעו"ש בדבריו, והנה הרמב"ן לשיטתו אזיל דסבר שבזרוק מנה ליס חייב מדין ערב ודאי דא"ש שאילו שכרו בשלו והראהו בשל הפקר דהוה זה כאומר שכרך עלי שאין יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך שנחשב כפועל שלו, ואין חילוק בין של הפקר ובין של חברו, אלא בדברי הר"ן נבוך אני שבאמת הר"ן בקידושין הביא שתי השיטות באומר זרוק מנה ליס אם יש לזה

לזה דין ערב שתוכל היא להתקדש בזה ולא הכריע, וא"כ יש לומר כדברי הר"ן שכב"מ המובא בשמ"ק או שדבריו סובבים רק לשיטת הסוברים שזרוק מנה ליס יש על זה דין ערב ורוצה ליישב הסוגיא דב"מ כוותייהו ג"כ, אבל לדעת הסוברים שאין על זה דין ערב יסבור ג"כ כהרשב"א שגם בהומר שכרך עלי בשל הפקר בהבטה אין עליו חיוב תשלומין, או שיהיה חולק בזה על דברי הרשב"א שגם למאן דסבר שבזרוק מנה ליס אין עליו חיוב תשלומין מדין ערב, מ"מ זה עדיפא שיתחשב כאילו שוכר פועל לעשות לתועלתו לפי שמלפה לזכות בזה אח"כ. — ומ"מ איך שיהיה, לא היה להנתיבות להקשות בפשיטות על דברי הרא"ש מאי שנא משכרו בשל הפקר ואמר שכרך עלי, אחרי שמפורש לא נאמר זה בטור וברא"ש, ודלמא יסבור הרא"ש ג"כ כהרשב"א דהא בזרוק מנה ליס ואתחייב לשלם לך סובר הרא"ש כהרשב"א, וא"כ לא יקשה עליו מה שהולרך הרא"ש לבוא בזה מדין גרמי. — ובעיקר הדבר שהרמב"ן והר"ן מפרשים להסוגיא דב"מ שהא דשכרו לעשות בשל הפקר [היינו לשמור דלא קנה עבורו], בידע שהוא של הפקר ולא אמר שכרך עלי וע"כ שכרו מוטל על מה שעשה ולא עליו וכמו ששכרו לעשות בשל חברו, יש לענ"ד לדון בזה ע"פ הסברא הישרה, בשלמא בשכרו בשל חברו ולא אמר שכרך עלי יש לומר שסובר הפועל שבעל הדבר בקשו לשכור עבורו, או שסובר שהוא מכירו ואוהבו וכל שיעשה עבורו וישכור למענו ימלא הבעה"ב דבר זה וישלם, ולכן יש מקום למעשיו ששוכרו וקולב שכרו, אמנם בשכרו לשמור בשל הפקר גם שידע שהיא של הפקר וגם ששכרו סתם ולא אמר לו שכרך עלי, הלא ראוי לומר שהוא כאומר שכרך עלי, דאם שהוא אין מתכוין להתחייב בתשלומין למה בא לשוכרו ולקלוב לו שכר על האופן שיזכה בשל הפקר לטול מה שיעשה בשכרו, מה לו להפועל לשכור עלמו ולדבר עמו ע"ד קלבה להשכר ומה לו להשוכר להיות אדון ושוכר על ההפקר, הלא כמוהו של השוכרו כן הוא בעלמו, וגם בלעדו יכולת בידו לזכות בההפקר ולקבל את את שכרו מזה, והא אין זה אלא עלה טובה ומראה לו מקום שיש כאן דבר שיש כאן דבר הפקר שיוכל לזכות ולהרויח בזה שכר פעולת שמירתו ולא לשון שכירות, וא"כ ראוי לומר בזה שגם בסתם שכוונת השוכר להפועל שהוא ישלם שכרו עבור פעולת שמירתו לפי שיחשוב לזכות אח"כ בזה :

ונראה לענ"ד לומר שודאי כוונתו של השוכר להפועל להבטה בשל הפקר שהוא יזכה אח"כ את הדבר הנשמר וישלם לו שכר הפעולה כפי הקלבה שקלב לו, ומ"מ לא חשוב זה כשכרך עלי אחרי שנודע להפועל שלע"ע אין הדבר של השוכרו ולע"ע לא זכה עדיין, אין עליו חיוב תשלום פעולתו רק אח"כ כשיזכה בזה אז יתחייב בתשלום פעולתו, וביותר הסבר יש לומר שכל כה"ג אין מתחייב השוכר להפועל עכשיו בתשלומין רק כשיזכה אח"כ, דהא הפועל בעלמו יש ביכולתו לזכות בהדבר ששמרו וא"כ איך יחליט להתחייב לו בזה עבור שמירתו, ולכן כל כה"ג אין מתחייב בשכר פעולתו מעכשיו רק כשיזכה את דבר המופקר ויהיה לו תועלת מפעולת שמירתו של הפועל, רק אם יאמר בפירוש שכרך עלי שהוא מתחייב בעלמו מעכשיו בין אם יזכה או לא יזכה, בזה יהיה תלוי במחלוקת של הרשב"א והחולקים עליו :

ו) **ומעתה** על פי מה שכתבתי גם אם נאמר שהרא"ש לא יסבור כהרשב"א, רק יסבור שגם בשל הפקר אם שכרו לעשות בשלו והראהו בזה ולא אמר לו שהוא של הפקר או שאמר בפירוש שכרך עלי מעתה שיתחייב לשלם עבור פעולת הפועל וכפי שכתבנו למעלה כשיטת הר"ן, מ"מ בזה העלינו מן הסוגיא דב"מ שכל שסוכר לעשות דבר עבורו שיבוא אח"כ לרשותו אין עליו חיוב תשלומין עבור הפעולה קודם שיזכה ויבוא לרשותו, כל שלא אמר בפירוש ששכרו עליו מעתה, וא"כ ה"נ בדברי הרא"ש בדינו של האומר עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, כיון שגוף החומר שיהא נעשה מזה הדבר שאמר להאומן הוא של האומן, וכל הפעולה של האומן הוא, רק אח"כ כוונתו שיבוא לרשותו ויהיה פעולתו לו, וא"כ כל זמן שלא בא פעולתו ליד המלוה הלא הפעולה נעשה בשל האומן ולא עדיף זה מאלו שכרו לעשות בשל הפקר שאין עליו חיוב תשלומין כל זמן דלא אתא לידו בשכרו סתם וידע שהוא של הפקר, וכמש"כ מקודם בהסבר הדבר, בשכרו בשל הפקר שלפי שהפועל יכול לזכות בעלמו אם ירלה, אין כאן חיוב תשלומין בהחלט כל זמן שלא זכה השוכר להדבר הנעשה ע"י הפועל, א"כ ה"נ בעובדא דהרא"ש אחרי שגוף הנפעל הוא שלו, וא"כ ממילא הדבר הנעשה לא נקנה להמלוה לעשות, ואם יזדמן להאומן קונה אחר שיתן לו ביוקר עבור דבר הנפעל, הלא ביכולתו של האומן לחזור מזה ולא יהיה עליו רק לתא דמחוסר אמנה כי אין בזה שום קנין לא מעות ולא משיכה, וגם אם ירלה האומן למכור זה שעשה במחשבתו עבור המלוה ולעשות לו אחר שישלימו לזמן הנדרש להמלוה ג"כ יהיה רשות בידו ולא יהיה אפילו מחוסר אמנה, וזה עדיף מכל אומן קונה בשבח כלי, דהתם מ"מ אם ירלה האומן אח"כ כשהשבח נעשה בהכלי למכור השבח לאחר או שיעכב זה לעלמו ודאי שאין רשאי, ומחויב למסור להבעה"ב את הדבר הנעשה ואין יכול לדרוש יותר עבור שבחו גם שיתייקר וישוה שכרו ביותר, ולזה יש להביא ראיה מגמ' מפורשת ב"מ (ע"ו ב') שרו לעשות בב' סלעים כו', דאל"ה יקשה מזה למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי, וע"כ לריך לומר שנהי שיש לו קנין בזה להאומן בשבח הדבר שעשה, מ"מ יש עליו לענין התחייבות גמורה בשיעבוד גמור על הדבר הנפעל שכל שישלם לו כפי מה שקלב מחויב למסור לו את הדבר, ומעתה דברי הרא"ש נכונים מאוד בטעמם שאין לבוא מלד שכר אומן מדין תשלום פעולה גם באומר אקחנו ממך, גם שכוונתו לשלם עבור חומר שיעשה מזה הכל כפי השיווי ועבור פעולתו כפי הקלבה, מ"מ אין בזה עליו חיוב תשלום כל זמן דלא אתא לידו שהרי הוא כשוכר לעשות בשל חברו או בשל הפקר, וזה עדיף משם שהרי שוכרו לעשות בשלו רק אח"כ כשיבוא לידו אז יהיה מגיע לו שכר פעולתו, ויכול לו טול מה שעשית בשכרך, רק מדין גרמי אפשר לבוא ע"ז מלד שמתחרט ואין רוצה לקח מאתו, ודו"ק בכל זה *) :

ז) **ועפ"י** הלעת דברינו בענין שכרו בשל הפקר, נראה לענ"ד לבאר דברי רש"י וליישב מה שהקשה הרמב"ן והר"ן על דברי רש"י במש"כ שם (ב"מ דף ק"ו) דלא דמי לשכרו בשל חברו דהתם א"א לומר זכי בו אתה, והקשו על זה דהיכא שאמר שכרך עלי אפילו אם היה יכול לומר בו זכי בו אתה מאי הוה. ונראה לענ"ד ע"פ שכ' שלכאורה כל האומר

---

*) הגה"ה ומדי דברי בענין זה לכתוב מה שקשיא לי לכאורה אחרי דגם למ"ד אומן קונה בשבח כלי מ"מ מחויב הוא למסור לבעל החפץ את השבח במקח שקצץ עמו, א"כ למה אמרו בב"ק שכששבר אין משלם רק דמי עצים ולא ד.ה שבחו שהוא השבח יותר מדמי שכרו של האומן, הלא לא גרע זה ממזיק שיעבודו של חברו אשר מחויב לשלם מדינא דגרמי, והתם נאמר בגמ' אהא דהקדיחתו יורה דמי נסכו אין ולא דמי נסכו ובכתו משום דאומן קונה בשבח כלי, והתם מפרש דר"מ מודה בהא ג"כ שהכי איירי בהא מתניתין בסיכא, ור"מ אית ליה מזיק שיעבודו של חברו חייב דהא אית ליה דינא דגרמי, ונראה לי להרץ שכאן אין לבוא מצד דינא דגרמי משום דאפשר לקנות עצים אחרים ולהן לאומן לעשות כלי וישיג ריוח שבח כזה, רק במקום שמדינא מחויב בתשלומין אין יכול לומר כן, אבל במקום שמדינא אין כאן חיוב תשלום השבח לפי שאין שלו רק מצד דינא דגרמי, כל כה"ג אין בזה תשלומין מדינא דגרמי. עד כאן :

האומר ושוכר לעשות בשל הפקר] הוא כאומר שכרך עלי שהרי אומר שהוא יזכה וישלם עבור פעולתו, וע"ז פירש"י דכאן שכוונתו רק כשיזכה אבל כל זמן שלא יזכה יכול לומר טול מה שעשית, משא"כ בשל חברו כיון שאין יכול לומר טול מה שעשית מיד נגמר עליו חיוב תשלום השכירות. — עוד נראה לענ"ד לומר בשיטת רש"י ז"ל, דהנה בספר דברי משפט (סי' של"ו סעיף ב') והובא דבריו בפ"ת (סי' של"ו ס"ק א') דקדק מזה שהיכא דלא עבר בבל תלין כגון ששלח שליח לשכור פועלים ואמר להם שכרכם על בעה"ב הגם שבעה"ב מחויב בתשלומין מ"מ כיון דלא עבר בבל תלין יכול לומר טול מה שעשית בשכרך עכ"ד, וא"כ לפ"ז למאן דסבר אומן קונה בשבח כלי דאין עובר בבל תלין כדאיתא (ב"מ קי"ב) יכול לתן לו גם שוה כסף. והנה יש לדקדק בלשון רש"י שכתב בד"ה בשל הפקר כו' „נמצא שאין פעולתו עליו ואין כאן בל תלין" למה הוצרך רש"י להוסיף כאן „ואין כאן בל תלין" אחרי שאין עליו חיוב תשלומין כלל, לכן נראה לומר בדעת רש"י דסבר דאין הכי נמי שיש עליו חיוב לקיים דברו שהבטיח לו לקבל המעשה שעשה שהגביה של הפקר או ששמר הדבר ולשלם לו פעולתו כפי מה שהתנה עמו וע"ז סמך ופעל עבורו, אך מ"מ כיון שעדיין אין עליו חיוב יכול לומר לו זכי בו אתה כי הדבר משועבד לו לגבות ממנו שכרו, וכיון שבידו לקנות הדבר לצורך שכרו עדיפא זה מאומן קונה בשבח כלי שאין בזה בל תלין שלע"ע אין פעולתו אתך, ורק הפעולה מוטלת על הדבר הפקר שיזכה בו הוא לצורך שכרו, ובשל חברו לפי שאין מה לזכות לכן הפעולה מוטלת על השוכר באומר שכרך עלי, או בסתמא שזה נחשב כאומר שכרך עלי, ומה שכתבנו בדברי רש"י שמשמע מדבריו שכל שאין עובר בבל תלין יכול לשלם גם בשוה כסף אין זה מוסכם וכמש"כ הדברי משפט בשם הרשב"א דלא ס"ל כוותיה:

ח) **תבנא** לדינא ע"פ מה שבארנו בע"ה בסברת הרא"ש שכתב בתשובתו בעשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, שחיובו מטעם גרמי הוא ולא מדין שכר פעולה כמה שכ' (באות ו') שהוא כעין דברי הנתיבות ולא מטעמיה, שהוא כתב שמצד הלשון ואקחנו ממך הוא לקיחה ולא לשון שכירות לפועל, ולענ"ד החילוק הוא משום שצריך קנין ולכן דמי זה לשכרו בשל הפקר בהבטה, שסתמא דמלתא אמרינן שאין דעתו להתחייב בתשלום השכירות כל זמן דלא אתא לידו והוה עשייתו בשלו ולא בשל השוכרו, ומ"מ מחוור לי כפי מה שכתבתי לעיל (אות ג') שכל שהפעולה אין ראויה רק להשוכר המצוה לעשות ולא לאחר, בזה יתחייב מצד תשלום פעולה גם העושה בשלו, וא"כ באחד שמצוה לכתוב עבורו כתובה או סת"ח וכדומה גם בנייר של הסופר ודאי שמחויב לשלם כפי מה ששכר ולא מצד גרמי. — ומה שהביא כת"ר מדברי מהר"א ששון המובא בקצוה"ח (סי' של"ט) ראיה לדברי הנתיבות, לענ"ד אין כוונת מהר"א ששון שאין עליו חיוב לשלם כפי מה שקבל, לא כן הוא ודאי מחויב לשלם, רק שהוא כעין מכר לענין איסור בל תלין, מפני שכמו למ"ד אומן קונה בשבח כלי אף שהוא מחויב לשלם להאומן הקבלן גם לולא דינא דגרמי, מ"מ לענין בל תלין חשוב זה כהלואה, ה"נ הא דכתוב לי כתובה בדבר של הכותב הוא כעין מכר לענין בל תלין דבזה כו"ע מודו שקונה האומן אחרי שהכל שלו, אבל לענין חיוב תשלומין מוטל עליו לשלם מצד שכירות פועל וקבלן שמתחייב לשלם כפי מה שקבל עמו:

ומה שדקדק כת"ר בהא דאם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי שחייב לתן לו, למ"ד בזורק מנה לים אין חייב מדין ערב למה יתחייב כאן, ועל מש"כ שהוא נכנס בשכר פעולה שחוכך כת"ר בזה, הנני לחזק דבריי הנ"ל, דכן משמע לשון הגמ' דמדמי זה לטול דינר בשכרך והעבירני, וכמו דהתם הוה זה שכר פעולה ה"נ בהא דאציל את שלך ואני מניח את שלי הוה זה ג"כ נכלל כל מה שמתנה עמו עבור הפסדו בשכר פעולה, וכן משמע מהא דמסיק שם הגמ' לדינא אם עלה שלו מאליו אפ"ה חייב לשלם כל מה שהתנה ואמרינן משמיא רחימו עליה, וזה מסתבר אם הוא שכר פעולה יכולין לומר כיון שאז חל חיובו לשכר פעולתו לפי שאז עמד להיות לו נזק, ולכן גם שאח"כ שעלה שלו מאליו הוא נס וריוח שלו, אבל אם נאמר שהוא רק מדין ערב וכיון שלא היה נזק למה יתחייב מדין ערב. מיהו זה אין כל כך הכרע, שמצאתי בריטב"א בקידושין פ"ק והובאו דבריו באבני מלואים באה"ע (סי' ל' ס"ק י"ב) שבהא דזורק מנה לים (שדעת הריטב"א ורבו הוא הרא"ה דחייב מדין ערב וכן מהני זה לענין קידושין) שאם אח"כ זכה בהחפץ שהשליכו לאיבוד, מ"מ חייב לשלם מי שאמר זרוק ואתחייב אני מדין ערב אם כבר נתייאש היינו שהמקום היה ראוי ליאוש, מ"מ אם הדין דאציל את שלך ואני את שלי היה ג"כ החיוב מדין ערב, היה להריטב"א להביא ראיה מהא דב"ק הנ"ל לדינו ולא לומר מסברא בעלמא, מכלל שגם בב"ק מפרשים מצד פעולה וכל שבעת מעשה היה מקום להתנות ולא שייך על זה משטה אני בך מפני שהיה לו היזק, ממילא חל עליו חיובו, ועל שעלה שלו הוא משמיא רחימו עליה. — ועוד נראה ראיה ברורה שאין זה מדין ערב רק משום שנחשב זה בשכר פעולה, מדבעי הגמ' שם בב"ק ירד להציל ולא הציל, ומסיק הגמ' שאין משלם לו עבור חמורו משום דלא עביד שליחותו, הגם שאין לו פשיעה בזה שלא היה באפשר להציל ולמה מבטלין הערבות אשר לוה להניח חמורו, אלא ודאי שהוא מצד שכר פעולה, ולכן כל שלא עביד שליחותו ולא גמר פעולתו אין לשלם לו כל מה שפסק רק טורחו בעלמא, ולכן אין מכאן שום ראיה ולא קושיא למאן דסבר שזורק מנה לים ואשלם לך אין על זה דין ערב:

ט) **עוד** אוסיף הסבר דברים בדינו של הרא"ש בתשובתו הנ"ל באומר עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך ובאומר לחברו לעשות בשל הפקר, והוא אחרי שזה ראינו מפורש דעת הרשב"א בשכרו בשל הפקר דלא מהני שכרכם עלי מפני שאין נהנה מזה לא הוא ולא חברו, ולכן חלוק זה מדבר של חברו דמהני שכרך עלי מדין ערב, והחולקים עליו בזה הוא הרמב"ן והר"ן שהמה סוברים שיש בדין זרוק מנה לים דין ערב, ולדידהו ודאי דראוי להתחייב בשכרו בשל הפקר ואמר שכרך עלי כמו בשל חברו כי הכל אחד הוא זרוק מנה לים ועשה פעולה לים, וכמו שזורק מנה לים הוא כמו תן מנה לפלוני ה"נ עשה פעולה לים הוא כמו עשה פעולה לפלוני, וזה ידוע כלל גדול שכל שאנו יכולים להשוות מחלוקת אין אנו צריכים לעשות מחלוקת חדשה, וכיון שזה מצינו שחלוקים מכבר בדין דזורק מנה לים, אם נאמר שיש עוד מחלוקת שגם אם זרוק מנה אין בזה התחייבות על האומר, מ"מ באומר עשה פעולה להפקר לפי שמחשב לזכות, הו"ל כעושה פעולה בשלו ויתחייב מדין שוכר פועל בשל חברו והאומר שכרך עלי ושלא מטעם ערבות, הלא יהיה זה עוד מחלוקת חדשה, ומנ"ל לעשות מחלוקת, ואם מצאנו לדעת רש"י וכן התוס' שמשמע מדבריהם שמתחייב בשל הפקר באומר שכרך עלי, הלא בדעת התוס' יש לומר שס"ל גם בזורק מנה לים יש ע"ז דין חיוב ערבות, דהא הר"ן בקידושין שהביא דעת הסוברים שאין בזה דין ערבות כתב שם שכן דעת קצת חכמי הצרפתים והרשב"א, משמע מזה שרוב חכמי הצרפתים דעתם לא כן הוא, וא"כ שפיר יש לומר שדעת התוס' בב"מ יהיה כדעת הסוברים שגם בזורק מנה לים יש ע"ז חיוב מדין ערב (ואפשר שגם רש"י סובר כן), אבל הרא"ש שסובר כהרשב"א בדין זרוק מנה לים שאין ע"ז דין ערב כמבואר בפסקיו בקידושין (בפ"ק סי' י"ג), למה

נאמר

כאמר שחולק על הרשב"א בדינו בשכרו בשל הפקר. — והנה בשכרו בשל הפקר ואמר לו ואקנה ממך, היינו שהבטיחו מפורש שיזכה בההפקר וישלם לו עבור פעולתו, אם חל עליו החיוב לקח את הדבר המופקר ולשלם להפועל כפי מה שקלב עמו, הנה לדעת הרמב"ן ברור הדבר שסובר שבזורק מנה ליס חל עליו הערבות כן חל עליו תשלום הפעולה וכלשון הנתיבות שהוא לעיל, מה לי אם הוליא ממונו על פיו, כן הוא אם הוליא את פעולתו על פיו וחל עליו החיוב לזכות בהפעולה ולשלם לו כפי הדמים שקלב, אמנם לדעת הרשב"א לא יחול עליו החיוב של ואזכה ואשלם, כמו שלא חל החיוב של ואשלם תשלום הפעולה עבור העשיה בשל הפקר. — ומעתה נראה לענ"ד שיש לומר שבדינו של הרא"ש באומר עשה דבר פלוני ואקחנו ממך, וכפי מה שהוכחנו שהוא כמו בהפקר סתמא שאומר ואקח הדבר של הפקר, וא"כ יש לומר שבזה גם הרמב"ן וסיעתו יודו בזה כדעת הרא"ש שאין לבא בזה מדין שכר פעולה שהוא מלד ערבות, שאימתי חל ערבות על האומר זרוק מנה ליס שהוא הולך לאיבוד בהחלט, משא"כ בהא דעשה לי דבר פלוני אין הולך לאיבוד, ולא דמי לעשה לי בשל הפקר במקום דלא קנה הגם שיכול גם הפועל לזכות ולקנות הדבר ההפקר, מ"מ כל זמן שלא קנה דבר ההפקר פעולתו הולכת לאיבוד, לכן שייך ע"ז דין ערבות להרמב"ן וסיעתו, משא"כ באומר לו עשה דבר פלוני ואקחנו, לע"ע אין פעולתו הולכת לאיבוד שהרי נכנסת לרשותו ושלו הוא מושבח, ולכן כיון שאין על זה דין ערבות נראה שגם לשיטת הרמב"ן וסיעתו לא נחשב עושה לו פעולה ולא נתחייב לו מדין תשלום פעולה, ואתיין דברי הרא"ש אליבא דכו"ע, ודברי הגר"א שליין שני המקורים נלטרך לומר להיכא שקנה האומן עבורו את החומר שמזה נעשה הכלי שאז יבוא עליו מדין פועל. ודו"ק:

סימן ז

שאלה ראובן ושמעון אחים נשאר מאביהם זכות חזקת הארענדע שהיה אביהם מחזיק אותה תמיד ואחר מותו לקח ראובן הארענדע מהאדון, ואח"כ היה בין ראובן ושמעון האחים ד"ת בכמה טו"ת וסיכסוכים שהיה ביניהם, וגם עבור חלק חזקתו בארענדע הנ"ל תבע ממנו ויצא פס"ד וכן כתוב בו שקבלו ראובן ושמעון בקנא"ס לקיים כפי מה שילא ממנו ע"פ ד"ת, וזה אשר ילא ממנו כו', ובסוף הפס"ד כתב וע"ד תביעת שמעון מראובן בחזקתו בארענדע הנדנו ע"פ פשר קרוב לד"ת שכל זמן שיחזיק ראובן את הארענדע ישלם לשמעון ארבעים רו"כ לכל שנה ושנה, ואחר משך כמה שנים תבע שמעון הסך ארבעים רו"כ לשנה מהשנים שעברו וראובן השיב שסילק לו שנה בשנה כפי מה שהוטל עליו—אם יש לחייב לראובן לשבע שבועת היסת על תביעה זו שתובע שמעון ממנו או לא:

תשובה בעז"ה

הנה מלד הפס"ד שנכתב בו שקבלו בקנא"ס לקיים היולא מב"ד ואח"כ גמרו ב"ד שיתן ראובן הס"ך הנ"ל לשנה שנדון זה כחוב גמור שהתחייב בחיוב זה עליו כל זמן שיחזיק ראובן הארענדע, ז"א, חדא דהא בהפס"ד נאמר בתחלה „שקבלו בקנא"ס לקיים היולא ע"פ ד"ת" וא"כ לא היה הקנין רק שלא יחזורו מפסק הדין שיאמרו הדיינים כמו שהביא הש"ך (סי' כ"ג ס"ק ד') בשם הנימוק"י ומד' רש"י בפרק זה בורר, ואף שהביא שם בשם הרא"ב"ן שכתב שלריך לעשות הקנין שיעשה כמה שיעיד הפסול כו', לעיקר נראה דנקטינן כדעת רש"י והנימוק"י נגד הרא"ב"ן דיחידאה הוא, הן אמת שבאו"ת ס"ק ז' תמה על הש"ך למה העלים עין מדברי המרדכי בפ"ק דסנהדרין גבי פשרה לריכה קנין שכתב שלריך להקנות החפץ דאל"כ הוה קנין דברים, והביאו לעיל הרמ"א בסי' י"ב, עכ"ד. — ולענ"ד לדקו דברי הש"ך שאין ענין זה לזה, דודאי בפשרה שהקנין על דבר שאין מחויב ע"פ דין שם בעינן שיהיה קנין בחפץ שיהיה כמו כל הקנינים הנעשים בין אדם לחברו שמקנים איזה דבר, משא"כ בנידון שמקבל אותם לדיינים, שבהדא ריעותא גם בלא קנין בקבלה לחודא מהני לאחר גמר דין, בזה מהני הקנין לעשותם כדיינים גמורים שגם קודם גמר דין לא יוכל לחזור בהם, והקנין בא לחזק הדבר לעשות אותם כדיינים גמורים עליו, ואף שבחידושי אנשי שם כתב ג"כ על דברי הנימוק"י הנ"ל ותיהו במרדכי פ"ק כתב דהחפץ לריך להקנות כו' עכ"ל, מ"מ נראה דשפיר יש לחלק כך כמש"כ דהכי עדיף למעט המחלוקת ולהשוות דברי המרדכי גם עם דברי הנימוק"י ושלא נאמר דהש"ך העלים עין מדברי הרמ"א. — ועוד נראה לענ"ד שבכ"ד ע"כ לריך לומר כדברי הנימוק"י ורש"י, דניחזי אנן שיש חילוק גדול בין שתי השיטות דאם קבל פסולים לדיינים ודנו בדינו שלריך לשבע שע"ז לא שייך קנין שזה ודאי הוי קנין דברים שהרי אין כאן חפץ להקנות, אמנם לדעת רש"י והנימוק"י שהקנין מחזק שלא לחזור וממילא יש עליהם תורת דיינים גמורים ומה שדנו דיניהם דין גם בשבועה וכל דבר, וא"כ בכ"ד ע"כ לריך לבוא בזה מתורת דיינים שהקנין עשו להם כב"ד גמור שמה שידונו יהיה דיניהם דין, שאם נאמר שהקנין שנתחייב לדבר זה שיאמרו הדיינים והוה כהתחייב מעלמו בחיוב גמור על הסך שאמרו אח"כ הדיינים, הא בנידון זה גם אם התחייב בפירוש מעלמו בקנא"ס לא היה מועיל, שהרי ההתחייבות הוא שישלם כל שנה ושנה שיחזיק הארענדע ואימתי חל בכל שנה ושנה שמחזיק חל החיוב ולא קודם והויא שעתא כבר הדר סודרא למריה, כדאיתא בנדרים (דף מ"ח ע"ב), ואין לומר בזה כיון שעשה קנין וכל קנין מעכשיו הוא הוה כאלו התחייב מעכשיו ולכשיחזיק, ז"א דהא עשה הקנין להתחייב בד"ת כפי שיגידו הדיינים הדין והדיינים לא אפשר להם להטיל החיוב קודם שבא השנה שמחזיק, וא"כ איך יחול הקנין על גוף הממון וא"כ אין הקנין רק שיהיו כדיינים גמורים שלא יכול לחזור הבע"ד קודם גמר דין. — ואם כי זה פשוט לענ"ד ואין לריך לראיה שאין לומר בזה קנין מעכשיו, מ"מ אביא ראיה לזה ג"כ ממה שהובא בספר שיטה מקובלת (נמס' ב"מ נ"ד) בשם תלמיד הר"פ גבי מתנה שומר שכר להיות כשואל, דפריך במאי קנה בדברים אמר שמואל בשקנו מידו והקשה הא קנין דברים בעלמא הוא, וי"ל דחל הקנין על גופו להיות כשואל, ולכאורה ל"ע למה הלריך לזה הא כל ענין של שואל חיוב ממון הוא הלא נוכל לומר שמתחייב בתשלומין לכשיארעו האונסין, אלא ודאי שלכן לא אמר כן משום כיון שכל שואל דינו שחיוב התשלומין בא בשעת האונס כדאיתא בב"ק (קי"ב א' ובכתובות ל"ד ע"ב) ואז כבר הדר סודר למריה, ומדין מעכשיו אין לומר כמוש"כ כיון שכל קנינו הוא להיות כדין שואל ודין שואל הוא שלאחר זמן בא החיוב, וע"כ הולרך לומר ולייש' שבקנין נעשה גופו כשואל. עכ"פ מכל הנזכר מוכח ומבואר שהקנין הנעשה על קיום היולא מב"ד אינו מחזק יותר מאלו היה פסק דין גמור מב"ד של ג' בלא קנין, ונדון ע"פ עיקר הדין בחיוב התשלומין אשר הוא עבור חזקתו:

ב) **הנה** החתם סופר בחלק חו"מ (סי' ק"ד) בעובדא דידיה באחד שהשיג גבול חברו בכפר שהוחזק יהודי שם ודר שם בו כו', וז"ל כי לפענ"ד יפה דקדקו בלשונם שיחוש לנפשו מהלכד במלודה כו' משמע שלא פסקו אלא דיני איסור והיתר שיחוש לנפשו מחומרת חר"ג, אבל לא פסקו שלא הועיל קנינו כו', כי פשוט שר"ג לא הפקיר נכסים ולא ביטל קנין

אלא החרים שלא לעשות כו' יעו"ש מש"כ בארוכה בענין זה, וא"כ הכי נמי בנ"ד מה שדנו ב"ד שיתן לו ראובן סך . . . לשנה הוא שבזה יגלל מאיסור השגת גבול ואין זה ממון גמור שנתחייב ראובן עבור חלקו בארענדע, כי באמת הארענדע שייך למי ששוכר אותה מהאדון רק בכדי להנצל מאיסור ח' של השגת גבול צריך לשלם כפי מה שדנו ב"ד שיווי חלק חברו, וא"כ זה דמי לנשבע לחברו שלא יעשה דבר פלוני אם לא מדעתו ואח"כ לא נתן לו רשות כי אם שיתן לו כך וכך ואח"כ עשה הדבר שמחויב מצד שבועתו לתן לו כך וכך, שאם לא יתן יהיה עובר על שבועתו, והיה זה תובע ממון זה ממנו והנשבע אומר שכבר סילק לחברו שקיי"ל דפטור ע"ז משבועת היסת, כמבואר בחו"מ (סי' פ"ז סעי' ל"ד) ברמ"א ורק ב"ד יזהירו לו על שבועתו, ואף שבקצה"ח (ס"ק ל') שם שדי ביה נרגא בדין זה ודעתו נוטה לומר שבאמת יש כאן שבועת היסת רק טעם הפטור הוא משום שנעשה כבר חשוד בשבועה דלהבא וע"כ אין להשביעו משום ממה נפשך, מ"מ לדינא מסתימת דברי הרמ"א וכן דעת הגר"א ז"ל (ס"ק ק"ו) דהפטור מן השבועה הוא משום שאין כאן חיוב ממון ורק מוטל עליו האיסור לקיים שבועתו, ודעת התומים להכריע לכל הפחות שמשבועת היסת פטור כגון זה, וה"נ בנ"ד כיון שאין כאן רק איסורא דח' קדמונים שגזרו בהשגת גבול דארענדע ומחמת זה מחויב לקיים לתן הסך שפסקו הב"ד שיווי חלקו ע"כ אין עליו שבועת היסת בהכחשתו, רק יזהירו עליו שאם לא נתן לשמעון המעות כפי הגמר של הב"ד, יש עליו ח' קדמונים של השגת גבול :

אמנם יש לדון שמדברי הח"ס מוכח שלא נתפשט במדינתו תקנות של חזקות בארענדע המובא בתשו' הב"ח המובא במסגרת השלחן, שהרי הוא מסתפק שם אם יש בארענדע תקנת ר"ג כלל, ואלו בתשו' הב"ח נאמר בפירוש שתקנו וגזרו על הארענדעס וא"כ יש לומר שמש"כ הח"ס שאין בזה רק איסורא לחוש לנפשו הוא רק על חדר"ג, אבל תקנת החזקות הנעשה מרבותינו הגאונים חכמי מדינת פולין המובא בתשו' הב"ח הנ"ל, אפשר דהיא עדיפא והוה לה דין ממון גמור ושפיר משביעינן עלה היסת. — מ"מ נראה לענ"ד שהיא היא וכמו שיסד הח"ס סברתו על תקנת הר"ג שודאי לא הפקיר הר"ג הנכסים ולא ביטל קנין רק החרים שלא לעשות, וה"נ ג"כ נאמר בתקנת חכמי המדינה במדינת פולין המובא בב"ח בתשובתו שנאמר שם ג"כ בזה"ל „שגזרו והסכימו שכל שהחזיק ג' שנים בארענדע כו' שוב אין רשות לישראל אחר להשיג גבולו כל ימי חייו" וא"כ לא נאמר בתקנתם רק שלא להשיג גבולו כמו שהוא בתקנת ר"ג, וכי היכי שבתקנת ר"ג כתב החת"ס שאין כאן רק איסור והיתר, ה"נ דכוותה בנ"ד לפי תקנת מדינתינו אין כאן רק איסור והיתר שמוטל על המשיג גבול חברו לאפרושי מאיסורא ולהשיבו למי שהחזיק בה, אבל מנא לן להמציא שבכלל תקנתם היה שמחויב המשיג גבול חברו לשלם מה שהזיק להמחזיק הקודם כפי שהיה לו ריוח אם היה נשאר בחזקתו על מקומו. — ואין לומר שמוכרחים אנו לומר שתקנתם הוסיפו על תקנת חדר"ג, ואולי זאת הוסיפו שעשאום כממון גמור דאל"כ למה הצריכו לעשות תקנות להחזקות תיפוק ליה מחדר"ג המובא בשו"ע, זה לא קשיא מידי דאולי חששו הגדולים לאותם הסוברים שבארענדעס אין שייך תקנת חדר"ג, או אולי לא נתפשטה תקנת חדר"ג בכל המדינות והקילו בה, וע"כ חזקו הדבר והסכימו וגזרו בזה, ובאמת נראה לענ"ד שדעת הגאונים היה שתקנת ר"ג איננה בארענדעס כלל וכן מורה לשון תשובת הב"ח מתחלתו המובא בס' מסגרת השלחן יעו"ש, וכן מצאתי מפורש דעת מהרש"ל בספרו יש"ש קידושין (פרק ג' סימן ב') שכתב מפורש שתקנת ר"ג לא נתפשטה, ועוד שתקנת ר"ג לא היה רק דווקא בבתים וחנויות אבל לא בסחורה ומכסים וכנ"ד, ופסק שם לדינא שאין תקנת ר"ג בארענדע והוא היה במדינת פ', וע"כ מטעם זה גזרו ועשו תקנה גם בארענדעס כאשר ראו הצורך לכך, ובאמת נפלאתי על הגאון בעל חת"ס אשר ערוכים לפניו כל ספרי הפוסקים, שלא הביא מאומה מדברי מהרש"ל שתקנת ר"ג איננה בארענדעס והוא מסתפק בזה :

ג) **ובאמת** מצד שורת הדין לפי דעתי הקלושה אין מקום לומר שיהיה חיוב ממון על המשיג גבול חברו דהא ודאי גוף הממון של האדון הוא בעל הנכסים, והשוכר אין לו קנין בה רק כפי שמקנה לו בעל הנכסים על אותו המשך זמן ומהו הקנין שיש לו על להבא בדבר שבעל הנכסים לא הקנה לו, ואם מפני שתיקנו שאין רשאי האחר להשיג גבולו ואלו לא השיג גבולו היה נשאר בזה העסק אין זה רק מניעת ריוח, והלא גם נועל בית חברו ומונע פרנסתו פסקו התוס' והרא"ש בפ"ק דב"ק דפטור מלשלם לו, כש"כ בנדון כזה, ואין לומר דזה הוה כמו דינא דבר מצרא דמסלקינן להלוקח ומצד תקנת חז"ל דייניגן אשר הלוקח שלוחו של המצרן הוא, שהרי העדים לבדם כותבין שטר על זה בשם המוכר להמצרן ונותנים לו וה"נ נימא בנדון זה, שנדון את השוכר המשיג גבול שיהא נחשב כשלוחו של המחזיק הראשון וע"כ יהיה השני משלם כאלו אכל חסרונו של זה ויהיה לזה דין ממון גמור, ז"א לענ"ד, חדא דמנלן להמציא דבר חדש, אם מצינו כן בדינא דבר מצרא הלא לא מצינו כזה בשארי מקומות כמו בעני המהפך בחררה שהקונה האחר נקרא רשע, ולא אמרינן שהקנין יהיה שייך לעני המהפך, וכן בעני המנקף בראש הזית שיש בזה גזל מפני דרכי שלום, ואפ"ה הדין הוא שאין מוציאין בדיינים מן השני שזכה בזה ולא אמרינן שהשני הזוכה יהיה הוא זוכה עבור המנקף, ובאמת הא דבר מצרא גופיה חידוש הוא שאנו דנין דהוה כשלוחו של המצרן גם שלא עלה על לבו ולא חשב עבורו ואין לנו אלא חידושו ולא ללמוד ממנו למקום אחר. — ועוד נראה לענ"ד שבנידון של השגת גבול הארענדעס א"א לדמותו לבר מצרא כלל שיהיה נחשב כאלו לקח עבורו בשליחותו, והוא שראיתי בתשו' מיימונית לספר קנין סי' ל"ב שכתב דטעמא דאמרינן בגמ' דזבן לנכרי לית ביה משום דינא דבר מצרא משום דנכרי לאו בר שליחות הוא דאין שליחות לנכרי עכ"ל, וא"כ מעתה נראה לענ"ד שכאן אין לומר שזה הלוקח חזקת חברו חשוב כאלו לוקח עבור בעל החזקה משום דהא אף אם היה מחשב להדיא עבור בעל החזקה לא היה מועיל דהא מי הודיעו להאדון המקנה שיקנה עבור השני, וכדאיתא (ב"ק ק"ב ע"ב) וכהכרעת הרא"ש דהא דמהני באומר לחברו זיל זבין לי במעותיך עבורי כשהשליח לקח עבורו גם שהמעות הוא של השליח משום שכמאן דאוזפינהו דמי וכמש"כ הטור (סי' קפ"ג ובש"ך שם ס"ק א') יעו"ש, והכא אפילו אם נאמר דהוה כשליח של המחזיק מ"מ הא לא חשוב כמאן דאוזפיה המעות שהרי המעות אינם באחריות הראשון ואם לא ירצה לקיים המקח לא יקנה, וא"כ לא נוכל להחליטו להראשון מסברת בר מצרא, וכמו שם הוה דינא שמוחלט להראשון, דהא כאן כיון שאפי' אם כיון במחשבתו להראשון לא היה מועיל ולכן א"א לחכמים לתקן שיהיה כשליח של הראשון, וכמו שכ' התשו' מיימונית שהבאתי לעיל דזבין לנכרי משום דאין שליחות לנכרי אין שם דינא דבר מצרא, אמנם לכאורה לפי זה מדוע בעי גמ' למימר בטעמא דזבן מנכרי לית ביה משום דינא דבר מצרא משום דאריה אברחיה ממצרך תיפוק ליה משום כיון שהנכרי מכוון להקנות להלוקח אין מועיל השליחות להיות של המשלח, אך יש לומר דהגמ' קאמר הטעם דאריה אברחיה ממצרך שיהיה מועיל אפילו היכא שהנכרי המוכר יודע שיש כאן מצרן, ובדיני ישראל פעמים שהמצרן מוציא מיד הלוקח וא"כ הוה כיודע שיש כאן משלח :

ד) **ועוד** נראה לענ"ד שיש לומר שחני דברים יש במצרנות א') המצוה של ועשית הישר והטוב שגם לולא שאנו

דנין

דנין כשליחות מוטל עליו לקיים המלוה להחזיר השדה להמצרן במקום שאין שום פסידא ללוקח קודם שירד הלוקח להקרקע, ב') שחכמים בתקנתם עשאוהו כשליח וממילא בע"כ נעשה של המצרן גם אם יאמר לא בעינא למיעבד מצוה, והנה על טעם השני הולרך התוס' מיימו' להוסיף שבנכרי א"א לדונו כשליח המצרן משום דנכרי לאו בר שליחות, ושנאמר שיהיה על הנכרי מוטל המצוה דועשית הישר והטוב לקיים המצוה הזו ובמקום שיד ישראל תקיפה עליהם נלוה לו לעשות אותה, ע"ז אמר הגמ' משום דנכרי לאו בר ועשית הישר והטוב הוא. — ועפ"ז יתיישב ג"כ מה שהנתיבות כתב (סי' רל"ז ס"ק א') על תקנת ר"ג שלא להשיג גבול בשכירות בתים שהוא על שלא להוסיף בדמים, אבל על המקח הראשון או על מקח חדש אם השני רולה ג"כ לתן מקח זה מחויב השני לתן לו באותו המקח משום דינא דבר מלרא, ובזה גם בזבין מנכרי אית דינא דבר מלרא משום דלא שייך כאן הסברא דאריה אברחיה ממלרך עכ"ד, ולמש"כ הא בא"י המוכר א"א לדונו מטעם שליחות משום מי הודיעו, אך יש לומר שמ"מ מלד המצוה שאחר מכירה מוטל עליו לקיים ועשית הישר והטוב לבד השליחות, אך בלא זה יש ליישב ג"כ דברי הנתיבות דמיירי שא"י המשכיר יודע ג"כ שאפשר שיקח השוכר הראשון ממנו, אך שהוא דוחק, ומסתברא יותר לומר כאופן הראשון שכתבתי שאין במשמעות דבריו כן מפני שכתב שלא נלרך תקנת ר"ג רק באופן זה כו'. — ואין להשיב על יסוד זה שהיכא שא"א לדון מתורת שליחות לית ביה משום דינא דבר מלרא וא"כ להאי פירושא שהביאו התוס' בב"מ (ק"ז ע"א) גבי המחזיק ביני אחי וביני שותפי שמפרשים שם דמיירי במחזיק מן המלך, וא"כ איך מסלקינן ליה בדינא דבר מלרא, הא כאן א"א מטעם שליחות לפמש"כ כיון שהמלך מקנה להמחזיק ולא להמצרן, יש לומר דבחזקה הבאה מן המלך לעסקא אין זה כקונה רק כזוכה מן ההפקר, שהמלך מתרלה לכל הקודם וזכה בהשדה לאכול הקרקע ולפרוע הטסקא, וא"כ בזה מהני דעת הלוקח אם הוא שליח מאחר, וכיון שחז"ל בתקנתם עשאוהו כשליח ממילא זכה הוא בחזקתו עבור המצרן. — עכ"פ מבואר מכל האמור שבמשיג גבול חברו גוף הממון שזיכה לו האדון הנכסים בלקיחתו ממנו הוא להשני, רק שמוטל עליו לתקן האיסור שלא יהיה עוד עומד באיסורו בהשגת גבול להחזיר להראשון בעל החזקה, אבל לאחר שילא השנה ואכל הלוקח המשיג גבול את הארענדע אין להראשון עליו תביעת ממון ואיסורא הוא דעבד, הגם שיש לומר שאפשר להיות שכך תיקנו הגאונים חכמי הדור ההוא בפירוש שהמשיג גבול חברו ישלם לו כל מה שנהנה מגבול חברו כפי מה ששוה ההנאה, ואז ודאי יהיה לזה דין ממון, או שתקנו שישלם לו כל מה שגרם לו היזק אפי' בגרמתו שביטלו מעסק זה וחזקו בזה יותר מאלו מבטלו מגוף ממון של חברו ממש שלא נהנה מזה, והוה לזה דין ממון על פי תקנת חז"ל ככל דיני ממון שחכמים זיכו לו, מ"מ כל זמן שלא מלינו בפירוש שכך תיקנו, מאין לנו לחדש זה וכל ספק בתקנה מוקמינן אדינא, וע"כ נראה שעל תביעה זו אי אפשר לחייבו שבועת היסת רק להודיעו ולהזהירו שאם לא ישלם כפי ההשואה יש עליו חומר גזירת חז"ל עד שמשלם:

ה) **עוד** נראה לענ"ד שגם אם כן היה תקנת חז"ל שגם אשר המשיג גבול חברו בחזקת ארענדע וכדומה מחויב לשלם, מ"מ נראה לענ"ד לומר שאין כאן שבועת היסת, וטרם כל אקדים הא דאיתא בגמ' שבועות (ד' מ"א) גבי מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, איכא בינייהו דבדאורייתא נחתינן לנכסיה ובדרבנן לא נחתינן לניכסיה, ולר' יוסי דאמר בדרבנן נמי נחתינן לניכסיה דתנן מליאת חשו"ק יש בהם גזל מפני דרכי שלום ר' יוסי אומר גזל גמור מדבריהם למאי נפקא מינה להוליאו בדיינים כו' יעו"ש, והקשו שם בתוס' קלת תימא דרבנן נמי לא איירי אלא בההיא דלא הוה גזילה אלא מפני דרכי שלום, אבל היכא דהוה גזל גמור מודו דנחתינן לניכסיה, וה"נ היכא דאיכא שבועה דרבנן עכ"ד, והנראה לענ"ד לומר בביאור כוונת ד' הגמ' והוא דהגמ' סבר שכל תקנות חכמים כלל אחד להם, אך בזה יהיה חלוק שכל שעיקר תקנת חכמים היה על גוף הממון שע"י דבר זה יתהוה זה הממון של פלוני ע"פ תקנתם, כמו קנין משיכה והגבהה וכמו מתנת שכ"מ וכדומה, כו"ע מודו אפי' רבנן דמתקנת חכמים לריך למסור הממון למי שהוא לו ע"פ תקנתם ומוליאין בדיינים, ורק יסוד המחלוקת שבין ר' יוסי לרבנן הוא על דבר שתקנתם היה על אופן אחר, כמו בהני מליאת חשו"ק ועני המנקף בראש הזית ומלודות חיות ועופות שהתם לא באו חז"ל לתקן שדברים האלו המה קנינים מדרבנן, שלזה לא נלרך להם לעשות קנינים חדשים מדרבנן כי ממילא יהיה שלהם אחרי שאחר לא יזכה אותם, א"כ ישאר ביד החשו"ק והעני המנקף יזכה בהם אח"כ וכן בעל המלודה יקח אותם לידו, ע"כ היה בזה התקנה רק שאחר אין רשאי לקח מהם מפני דרכי שלום, ובאמת תקנתם שמפני דרכי שלום הוה תקנה ככל התקנות יהיה מה שיהיה שמחויב לקיים תקנת חכמים, אך כיון שעיקר התקנה לא היה על זכיית הממון רק איסור על הלוקח מאת החשו"ק ומהעני המנקף וכו' וכן נכלל בהתקנה שגם אחר שלקח יש עליו שם גזל מפני דרכי שלום ממילא מוטל עליו חיוב לתקן גזילו ולהחזיר להנגזל מפני דרכי שלום, מ"מ כיון שעיקר מטרת תקנתם לא היה זה שחייבו להחזיר למי שעבר וזכה מידם, ממילא אין ע"ז שם גזל גמור להוליאו בדיינים רק שיש עליו מלוה לקיים דברי חכמים ולהחזיר להם הממון, ור' יוסי סובר שמחמת מלוה קיום תקנת חכמים נחשב זה לגזל גמור מדבריהם, ועפ"י יסוד סברא זו מדמי הגמ' הא דשבועת היסת להא פלוגתא דר"י ורבנן, דבאמת זה כלל גדול בשבועות התורה שכל שאין נשבע לריך לשלם הממון שעליו לריך לשבע, שכן נאמר בכתוב ולקח בעליו ולא ישלם שהשבועה שבעלים לוקחים פוטר מתשלומין, וה"נ בשבועת היסת דכל דתקינו רבנן כעין דאורייתא תיקנו באם הוא איש החפץ להיות מקיים תקנת חכמים ולא יהיה עובר על דבריהם, אם רולה להחמיר על עלמו שלא לשבע גם שיודע שהאמת אתו מ"מ מחויב לשלם כדי לקיים תקנתם ודבריהם וזה נכלל בתקנת השבועה, רק כיון שעיקר התקנה היה על השבועה ולא על תשלומי הממון ע"כ סברי שהתשלומין אין מוליאין בדיינים רק שעליו מוטל לקיים דברי חכמים, ור' יוסי סבר שמ"מ מוליאין זה בדיינים, זהו הנראה לענ"ד בביאור סברת הגמ' שמדמה שבועת היסת להא דמליאת חשו"ק וכדומה. — וכיון שזכינו לדון שבאמת חכמים השוו בתקנתם וע"כ מדמינן בגמ' שפיר תקנת שבועת היסת וכל שבועות שמדרבנן, להא דמליאת חשו"ק וכל הני דתנינן התם שמפני דרכי שלום, וא"כ ה"ה בהאי תקנתא דהשגת גבול גם אם נאמר שמלד קיום התקנה מחויב להחזיר לו מה שהשיג גבולו וגם שויו של הריוח שהשיג גבולו, מ"מ כיון שעיקר תקנתם היה שלא ישיג גבול חברו ואז ממילא היה נכנס ברשותו הריוח, כל כה"ג לרבנן לא נחתינן לניכסיה ורק עליו מוטל לקיים תקנת חכמים שלא יהיה על ידו השגת גבול, וממילא לא נחשב זה חיוב גמור בממון רק חיוב לקיים תקנת חכמים:

ו) **ומעתה** נחקורה נא בהני דאמרינן דלא נחתינן לניכסיה אם יש בזה הכחשה בין הבע"ד אם יש בזה דין שבועת היסת, ולכאורה כיון דממון זה לא ניתן להוליאו בדיינים מה ענין ב"ד כאן לחייבו שבועה אחרי שבודאי רק משמתינן ליה על שעבר תקנת חכמים, ומספק א"א לשמותי ליה, אמנם ראיתי להקלה"ח (סי' ס"ז ס"ק קי"ד) שכתב מפורש אהא דמליאת חשו"ק שיש בזה שבועת היסת,

והוכיח

והוכיח מדברי רבינו ירוחם במישרים (נתיב א' חלק ח') שכתב מי שחייב שבועה משום דבר מדבריהם כגון מציאת חשו"ק דיש בה גזל מפני דרכי שלום ואינו רוצה לשבע אין מוציאין בדיינים ואין יורדין לנכסיו אלא מנדים שלשים יום ומלקין לאחר ל' יום ע"כ, ולענ"ד הדבר תמוה שעיקר הדין שבשבועת היסת לא נחתינן לניכסיה דאיתא בגמ' לא הביא רבינו ירוחם, רק כתב להאי דינא על שבועת גזל מציאת חשו"ק שאפילו בממון ברור שאין בהם הכחשה אין בזה רק לנדות שלשים יום ולא נחתינן לנכסיה, ועוד שרבינו ירוחם סיים ע"ז (שבועות פ"ו) ואלו בשבועות לא הוזכר שבועה שעל מציאת חשו"ק וכדומה, ע"כ נראה לענ"ד שקלת ט"ס בחילוף הדברים וכן צ"ל מי שנתחייב שבועה משום דבר מדבריהם [פירושו כל שבועה דרבנן] ואין רוצה לשבע כגון מציאת חשו"ק שיש בהם גזל מפני דרכי שלום, [פירושו שדין זה של אינו רוצה לשבע בשבועה דרבנן הוא כגון מציאת חשו"ק פי' שדין אחד הוא כמו במציאת חשו"ק] שאין מוציאין בדיינים ואין יורדין לנכסיו כו', וזהו דאיתא בגמ' בשבועית פ"ו דמדמינן הא להא, אבל אם יש הכחשה במציאת חשו"ק גופא יש לומר שאין כאן שבועה. — עוד נראה לענ"ד להביא ראיה שאין על מציאת חשו"ק שבועת היסת מהא שהביא הש"ך (סי' פ"ז ס"ק ס"ה) שפסק רבינו האי גאון שאם יש הכחשה בשבועה דאורייתא שמשביעין ע"ז היסת משום דשבועה ג"כ ממון הוא דאתיא ע"י זה ממון, ואילו בשבועת היסת גם רבינו האי גאון מודה דפטור בהכחשתו משבועה משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, א"כ קחזינן דעל תקנתא א"א לחייב ע"ז שבועת היסת, וה"נ מציאת חשו"ק דמדמינן בגמ' זה לזה א"א לחייבו ע"ז שבועת היסת, ואחרי שבארנו בעז"ה שכל כה"ג א"א לחייב ע"ז שבועת היסת, וכבר בארנו שהא דנ"ד האי תקנתא דמי ג"כ למציאת חשו"ק שאין בזה דין גזל גמור מדבריהם, וממילא יהיה פטור ע"ז ג"כ משבועת היסת:

ז) **ועז"פ** מש"כ בהא דמדמי הגמ' שבועת היסת להא דמציאת חשו"ק לענין דלא נחתינן לניכסיה, נראה לענ"ד לומר בהא דאמרינן בגמ' בב"ק (קי"ג ע"א ובב"מ ק"ח ע"ב) דזבין לאנס אמצרא דישראל חבריה משמתינן ליה עד דקביל עליה היזקא, שכתב שם הרא"ש בב"מ והא דאין ממתינים לו עד שיבוא לו היזק וינדוהו אז עד שיפרע לו, משום שהחמירו חכמים לקונסו שיכתוב שטר שיעבוד על נכסיו ויחול השיעבוד מעתה, עכ"ד הרא"ש. ולכאורה דברי הרא"ש צ"ע אחרי שדעת הרא"ש שגם בלא קבל מקודם צריך לשלם, [שלא כדעת הראב"ד והרשב"א וההולכים בשיטתם וכמו שפסק הרמ"א בסי' קע"ה] א"כ למה אמר הרא"ש והא דאין ממתינין עד שיבוא היזק וינדוהו כו', כשיבא ההיזק למה לנדות הלא אפשר לירד לנכסיו ולגבות ממנו, וכי השתא כשקבל עליו ושיעבד נכסיו אם לא ירצה לשלם אז כשיבוא ההיזק מאי עבדינן ליה, הלא נחתינן לניכסיה ואם יבריח נכסיו או שלא ילייה דינא אז ויהיה אנס, אז מנדינן לי' לשלם, ומלשון הרא"ש משמע שאותו הנדוי שמשמתינן ליה עתה מקודם אם לא היינו עושין זאת נצטרך לנדות לבסוף כשיבא ההיזק שהרי כן כתב הרא"ש והא דאין ממתינים לו כו', וגם תירוצו של הרא"ש שכתב שקנסוהו בחומר זה שיכתוב שטר שיעבוד על נכסיו ויחול השיעבוד מעתה, מה תועלת יותר להישראל שיהיה לו שיעבוד מקודם, ואם נאמר שהוא לענין לגבות גם ממשועבדים למה חששו על נזק זה יותר שיהיה גובה ממשועבדים מכל היזקות שאדם ניזק מחברו, הלא די לנו שכך יהיה עליו הדין שכל שיהיה נצרך לשלם עבור הניזקין שיגע לו מהאנס, ככל הנזקין שאדם עושה בעצמו. — ע"כ נראה לענ"ד שזה יסוד הדבר של דעת הרא"ש שזה ודאי מוכח מדעשו תקנה לנדות אותו עד שיקבל עליו שיסלק כל ההיזקות, לכך הסכימו חז"ל שכל המוכר לאנס אמצרא דישראל חברו שצריך לשלם כל גרמי היזיקותיו שבאו עי"ז — אמנם תקנה זו אחרי שעיקרה באה מצד שאין רשאי למכור לאנס לגרום היזק לישראל חברו וע"כ חייב בגרמי היזיקותיו, בתקנה כזו לא נחתינן לניכסיה רק מנדין אותו עד שיקבל עליו לשלם מעצמו ונידויו יהיה שלשים יום, וכן בגמ' שאמר משמתינן ליה עד דקבל עליו כל אונסא הוא ג"כ כזה שמנדין אותו שלשים יום בכדי שיקבל עליו, וע"ז שפיר כתב הרא"ש הלא אותו הנדוי יכול להיות ג"כ אחר שבא ההיזק שישלם אז [אבל לירד לנכסיו א"א כנ"ל], ע"ז כתב הרא"ש שהחמירו עליו לנדות מקודם עד שיקבל עליו בשיעבוד נכסים ואז נרד לנכסיו כשיהיה היזק, ומש"כ ויחול השיעבוד מעתה, פירושו שיהיה כשיעבוד נגמר מעתה שלא יהיה יכול לחזור בו אח"כ, וע"כ יהיה אפשר לירד לנכסיו, מיהו אם יקבל עליו הנדוי ולא יקיים תקנת חז"ל לא נוכל לירד לנכסיו, ורק עליו מוטל החוב לקיים תקנת חז"ל לשלם כשיהיה ההיזק אבל אין יורדין לנכסיו:

ויעוין בספר מחנה אפרים (הל' נזקי ממון סי' י"א) שרצה להשוות דעת הרא"ש עם דעת הנימוק"י, שכתב שאם לא קבל אין צריך לשלם, וכל יסוד דבריו ממה שהביא הנימוק"י בשם הרא"ש פ' הגוזל בתרא שאם לא קבל אין צריך לשלם וע"כ משוה דברי הרא"ש שבב"מ עם דברי הרא"ש שבנימוק"י, ולא ראה המחנה אפרים את דברי היש"ש בב"ק שכתב שמה שהביא הנימוק"י בשם הרא"ש דב"ק שאם לא קבל אין צריך לשלם הוא ט"ס, וצריך להיות בשם הראב"ד עיי"ש, והמתוור שהראב"ד וההולכים בשיטתו דעתם שתקנת חכמים לא היה לענין תשלומין בדיעבד כלל רק שיקבל עליו, ואולי יזהר עי"ז מלמכור או יפדה את השדה, ואם רצונו לקבל עליו הניזקין ממילא יתחייב, אבל להתחייב בעצמותן של הניזקין לא היה תקנה כלל, והרא"ש סובר כמש"כ למעלה שיש עליו חיוב תשלומין וכמו שנתבאר בדברינו. — היוצא מכל האמור שנלפע"ד שאין לחייבו היסת מטעם הא' שנראה שאין זה תביעת ממון רק תביעת איסור, והממון הוא רק להנצל מן האיסור, ע"פ מה דמשמע מדברי הש"ס, וסתמא דמלתא גם תקנת הגאונים של חכמי מדינת פוילין היה ג"כ באופן זה, ועוד שנית לסניף שגם אם יש כאן דין ממון ג"כ יכול להיות שאין בזה שבועת היסת וכמו שהראתי בע"ה יסוד ומקור מסוגיא דשבועות הנ"ל:

סימן ח

תרכ"ה לפ"ק סוויר

בענין מי שמכר לחברו סחורה וקבל מעות עבור סחורתו במקום שעדיין הקנין לא נגמר בקבלת המעות מה"ת או מדרבנן אם מותר המוכר להשתמש באותן המעות ואם הוא חייב על המעות באונסין.

ראשונה אמרתי לבאר את כוונת התוס' בפ' המפקיד (מ"ג ע"א) ד"ה מאי בסוף דבריהם, שכתבו דלר' יוחנן ולרב הונא דאית להו דבר תורה מעות קונות מותר להשתמש בהן, ולר"ש לקיש אסור להשתמש בהן וכו', מהו הדין לענין חיוב אונסין אליבא דמ"ד מעות קונות מה"ת, לפי מאי דקיי"ל כרב נחמן דהיתר תשמיש בהמעות אין מחייבו רק כשומר שכר. — ולענ"ד נראה משמעות דברי התוס' דלר' יוחנן דאית ליה מעות מה"ת קונה חייב גם באונסין שהרי כתבו בלשונם דלר' יוחנן ולרב הונא כו' לא הפקיעו כחו שיש לו למוכר במעות דיכול להשתמש בהם כיון דקונות מה"ת

מה"ת והוה שואל עלייהו, ומדכתבו התוס' סתמא והוה שואל עלייהו, ולא כתבו דלרב הונא הוה שואל עלייהו משמע דס"ל דלכו"ע הוה שואל עלייהו כיון דאית לן מעות קונות מה"ת ולכך לקחן שיהיה המעות שלו, עדיפא זה מהיתר תשמיש דהכא בפקדון, וכמו שנבאר עוד בזה. — ומצאתי הוכחה לזה בשיטה מקובצת ד"ה ומה טעם, שהעתיקו דברי התוס' שאנץ והרואה בעינא פקיחא יראה שהן הן הדברים של התוס' בפ' המפקיד, שכתבו מפורש אחר שכתבו התירוץ דלר"ל אין יכול להוציאן ולר' יוחנן אלים טפי שיכול להוציאן, וכתבו דהא דאמר הגמ' בעובדא דשומשמי לא מיבעיא דלא הוה שומר שכר לאו דווקא אלא דכשואל ממש הוא לחייבו באונסין רק כלוה לא חשיב יעו"ש היטב, ואמנם יש לדקדק בהא דרבא בהא עובדא דשומשמי דקרי ליה שומר שכר ואמאי קשיא להו בזה הא רבא סובר כריש לקיש דאמר שם (בדף מ"ט) קרא ומתניתא מסייע לריש לקיש, ויש לומר דהתוס' שהובא שם בשיטה מקובצת סוברים כשיטת הסוברים דרבא באמת סבר כר' יוחנן, אמנם דברי הרא"ש לכאורה נוטה שגם אליבא דר' יוחנן אין לו רק תורת שומר שכר על המעות שהרי כתב הרא"ש (פ"ד דב"מ סי' י"ג) שלדידן אין נפקא מינה בזה לפי מה שפסק כר"ת שאנו חשובין כשולחני, ואם נאמר שלדעת ר' יוחנן אליבא דשיטת התוס' חייב באונסין הרי יש חילוק בדבר, מ"מ אין זה מכריח לעשות מחלוקת בזה, שיש לומר בכוונת הרא"ש שאין נ"מ בפסק זה הייני בענין אם מותר להשתמש במעות, אבל מ"מ לענין אונסין יש נ"מ. וכן מוכרח לומר בדברי התוס' שאנץ המובא בשמ"ק שהבאנו לעיל שבסוף דבריהם כתבו ז"ל, ובמה שפירשתי אם יכול להוציא המעות אע"פ שלא נגמר הקנין לא נ"מ מידי לדידן לפי מה שפוסק ר"ת שאנו חשובין כשולחני דתנן בפ' המפקיד מותרין ישתמש בהן, ע"כ מתוס' שאנץ, והרי הם כתבו בעצמם שחייב גם באונסין כדין שואל וא"כ הרי יש נ"מ, וע"כ צריך לומר בכוונתם שאין נ"מ לענין אם מותר להשתמש, ולכן כן נאמר גם בכוונת הרא"ש שכל זה הוא מדברי התוס' [אך ההגהת אשר"י כתב בהדיא בפ' המפקיד דלא הוה רק שומר שכר]:

ב) **ובשיטת** הרי"ף ורב האי גאון שהובא בדברי הרי"ף, נראה לענ"ד ג"כ שהוא מחוור לומר שהוא כשיטת התוס' בתירוץ השני הנ"ל כמו שבארנו לעיל דהוה שואל — אך בכדי לבאר היטב דבריהם נקדים לחקור באיזה דינים בזה ונבאר שיטת רש"י בעז"ה:

והנה יש להסתפק בהא דקיי"ל כר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונות ורק רבנן תיקנו קנין משיכה, מהו הדין אם קנה במעות ואח"כ גמר ועשה משיכה, אם הקנין חל למפרע מעת קבלת המעות שאז חל הקנין מה"ת, כי רק חכמים נתנו לו כח שיכול לחזור כל זמן שלא נגמר ע"י משיכה אבל אם לא חזר נקנה למפרע, או שאחרי תקנת חכמים כל הקנין הוא רק בהמשיכה ומקודם אין שום דבר, ונ"מ בזה אם קודם המשיכה הקנה לאחר הלוקח, במעות או בק"ס או הקדיש אם חל הקנין וההקדש, דאם הקנין למפרע חל אחרי שמשך ממילא חל הקנאתו והקדישו למפרע, כי היכי דאמר הגמ' בפסחים (נ"א ע"א) דלמ"ד למפרע הוא גובה אי אקדיש וזבין מלוה שפיר אקדיש וזבין כשנתברר בסוף שגבה, וה"נ יהיה הדין כן אם נאמר שהקנין חל למפרע, גם שהיה ביד המוכר לחזור. — ונראה לענ"ד לומר שזה יהיה דעת רש"י (בדף מ"ט ע"א) שכתב דנ"מ לענין איסורא אם קידש בו את האשה דלר' יוחנן הוה קידושין דמדאורייתא קניה ודידיה הוא ולר"ל לא הוה קידושין ע"כ, ולכאורה נראה דעת רש"י דהוה קידושין לפי שמה"ת הוא שלו הגם שמדרבנן אין זה שלו מ"מ אין כח תקנת חז"ל להפקיע קידושי תורה, ובאמת הוא דבר פלא מה בכך הא מ"מ לא הוה ממון שלו, כיון שחכמים הפקיעו ממנו הממון

אין נתינתו כלום, ובפרט בממון שיש כח לחז"ל להפקיע דהפקר ב"ד הפקר, וכמו דדריש הגמ' מקרא דמה ענין ראשים אצל אבות מה אבות כו' אף ראשים מנחילים את העם כל מה שירצו כדאיתא יבמות (פ"ט ע"ב), וכבר הקשה כן הריטב"א ז"ל על רש"י, והנה באמת על כוונת רש"י אם דקאי על הלוקח, אם קידש בו את האשה, לכאורה יש לעיין כיון שקידש בו הלא יש משיכה ג"כ, מיהו יש ליישב זה כגון שהקנה לה החפץ בק"ס ובעבור זה מקדשה, אך זה תלוי ברבוותא, עיין באה"ע (סי' כ"ט בב"ש ס"ק כ') שמביא בזה שתי דעות שהרש"ך כתב שבכה"ג הוה קידושין ובשם הס"ג כתב דלא הוה קידושין ויש לעיין בזה ואין כאן מקומו, ואם נאמר כן בד' רש"י יהיה ראיה מכאן לשיטה אחת, מיהו יש לומר באנפא אחרינא, דהיה לקיחת החפץ שלקח הלוקח שלא בפני הבעלים וא"כ אין כאן משיכה שמשיכה צריך לומר לו לך משוך וקני, או שיהיה זה בפני המוכר:

אך זה קצת דוחק שלקח חפץ שלא מדעת חברו שלא בפני בעלים, מיהו יש לומר שמכר לו כור בשלשים והוא לקח סאה אחת וקדשה בו שמצד משיכה כיון שלא משך בשלימות אין כאן משיכה, וכי היכא דאמר בגמ' ב"מ (מ"ז ע"א) באמר לו המורך בפרה וטלה ומשך את הפרה ולא משך את הטלה דלא הוה משיכה מעליא, ובכה"ג יהיה תלוי הקידושין רק על הקנין מעות שיש לו ע"י שקנה מהמוכר. — אמנם הריטב"א מביא בשם רש"י אם קידש בהן את האשה ומפרש זה שהמוכר קידש בהמעות את האשה, ובזה חלוק הדין בין ר"י לר"ל, דלר"י המעות המה שלו היינו של המוכר כיון דמדאורייתא קניה ולר"ל לא הוה קידושין, ועי"ז כתב הריטב"א ואינו מחוור דכיון דמדרבנן מעות אין קונות הפקר ב"ד הפקר ואף לר"י אינה מקודשת למ"ד דלית ליה למוכר רשות לאפוקינן ע"כ ל' הריטב"א המובא בשיטה מקובצת, ובאמת אם היה כוונת רש"י בהמעות היינו יכולים לומר שבזה גופא הדבר תלוי שאם מדאורייתא קונה מותר להשתמש במעות וממילא הוה קידושין ולר"ל אסור להשתמש במעות, אך להריטב"א אין זה במשמע, דא"כ לא הו"ל לרש"י לומר הואיל ומדאורייתא קניה כו' אך לפי הגירסא שלפנינו ברש"י אם קידש בו את האשה נראה מלשון בו דקאי על החפץ, וצריך להבין איך תהיה חלין הקידושין אחרי שמדרבנן נעקר הקנין. — לכן נראה לענ"ד שדעת רש"י ז"ל שלמ"ד מעות קונות מה"ת גם שעקרו הקנין מדבריהם, מ"מ הדבר תלוי ועומד וכל זמן שלא חזר בו ונגמר אח"כ הדבר ע"י משיכה חל למפרע, וא"כ הקידושין חלין ג"כ למפרע שנעשה שלו מן אז שקנה בכסף להמטלטלין, אבל לריש לקיש דמשיכה קונה מה"ת ואז הוה הקנין ומקודם אין חל שום דבר לכן אין הקידושין כלום, וא"כ לפ"ז באמת גם לרש"י אם המוכר החפץ חזר בו קודם שמשך הקונה נתבטלו הקידושין מלמפרע, אבל כל זמן שלא חזר תלוין הם ועומדים שיחולו הקידושין דמסתמא בודאי לא יחזור המוכר כי קרוב הדבר שמסתמא לא ירצה לקבל עליו עונש מי"ש:

ג) **אמנם** דין זה במחלוקת שנויה ולדעת התוס' (בע"ז ס"ג ע"א) מוכח דלא ס"ל הכי, דאיתא שם בגמ' גבי אתנן דפריך הגמ' אהא דבא עליה ואח"כ נתן לה תני חדא אתננה מותר ותני חדא אתננה אסור, דמשני הגמ' הא דאמר הבעלי לי בטלה זה, והא בטלה סתם, ופריך שם בגמ' טלה זה נמי הא מחסרא משיכה, ולכאורה למש"כ אין קשה כלל דגם כשמחסרא משיכה מ"מ אח"כ כשנגמרה המשיכה חל הקנין למפרע בעת שבא עליה שזהו הכסף שעבור הטלה ולכן הוה אתנן. אמנם הגמ' יש ליישב דבעי הגמ' לשנויי שלא יקשה גם אליבא דריש לקיש מברייתא דקתני אתננה אסור, ובזה יהי' מדוקדק מה דמשני הגמ' בזונה כותית וכו' דלא אתי זה אליבא דר' יוחנן וכמו שכתבו התוס' שם דלר'

דלר' יוחנן לא מתרלא מידי, ולמש"כ לפי שיטת רש"י אתי שפיר דכל הקושיא אינה רק אליבא דריש לקיש וכנ"ל. — אך התוס' שם כתבו דהקושיא גם אליבא דר' יוחנן, ונדחקו שם לומר דלר' יוחנן קאי התירוץ האחרון כגון שקאי בחלרה, וא"כ מוכח דעת התוס' שהקנין אין חל למפרע גם אליבא דר' יוחנן, רק מעת המשיכה, רק מקודם יש עליו עונש מי שפרע לפי שנתן מעות כמו לריש לקיש, ועתה ניחזי אנן לשיטת רש"י דהקנין חל למפרע בעת נתינת הכסף וא"כ כיון דהמעות אהכי שיקנה עבורו החפץ א"כ מוכרח לומר שהמעות המה קנוין להמוכר לגמרי בעת שנתן אותם הקונה להמוכר, דאם לא נקנו במה יקנה התמורה להקונה כיון שאין כאן נתינת מעות כלל אחרי שהמה רק בתורת פקדון ביד המוכר עד המשיכה שיוגמר אז המקח, דהא כל קנין מעות כך הוא שעבור המעות שקנה המוכר הקנה התמורה לבעל המעות, וא"כ בודאי קנה המוכר את המעות קנין גמור וע"כ נתחייב גם באונסין:

ומ"מ גם לדעת רש"י נראה לומר שאם חזרו בהם וקבל החוזר בו מי שפרע שנתבטל הקנין למפרע, והמעות אם המה עדיין בעין שלא הוליאן המוכר המה בתורת פקדון, כי הוא גילוי מלתא למפרע שאין קנוין לו להמוכר שלא נעשה בהם קנין, ובזה מדוקדק לשון רש"י ז"ל (דף מ"ט ע"א) גבי והא בעי לקבולי מי שפרע „ודלמא לא הוה מקבל ואשתכח דזוזי דידיה הוא" ונמלא לפ"ז כן הוא לשיטת רש"י ענין נתינת המעות שמתחלה בעת נתינתן לקנות את המטלטלין סתם ניתן שלא יהיה חזרה ויש כאן קנין המעות להמוכר והמקח להלוקח, וע"כ יש רשות להמוכר להשתמש בהם ואין לריך לחוש לכתחלה לחזרה שיתבטל הקנין למפרע ויהיה המעות פקדון, ואם חוזר אח"כ החזרה מגלה למפרע שנתבטל הקנין מהמעות, ומ"מ נתינת רשות להשתמש במעות עד החזרה נשאר שהרי היה רשות לו לקח המעות בחזקת שהקניה תשאר, וגם כשהמוכר חזר בו, אם בעת שלקח המעות להשתמש בהם אז היה דעתו לחזור ודאי דיהיה נחשב ההשתמשות בהמעות גזל ובליחות יד, אבל אם אז לא היה בדעתו לחזור רק שאחר כן נשתנה דעתו יהיה מאיזה סיבה שיהיה אם בפשיעה או שלא בפשיעה, מ"מ בעת הלקיחה נחשב שלקח ברשות, ולכן שפיר כתב רש"י גבי הא עובדא דשומשמי אם שהיה האונס אחרי חזרתו מהמכירה, ואז בודאי דאסור לו להשתמש אחרי שעומד לחזור ויהיה המקח בטל מתחלתו והמעות יהיה פקדון מתחלתו, אך זאת הקשה הגמ' דילמא לא ירלה לקבל מי שפרע ואז תשאר הקניה מתחלה ויהיה המעות של המוכר מתחלה כי הקניה תתברר למפרע והמעות המה של המוכר מן עת הקניה:

ד) **ובזה** נראה לענ"ד לומר בביאור דברי הגמ' (דף מ"ז ע"ב) דקאמר הגמ' בשלמא לריש לקיש היינו דאיכא בין ר"ש לרבנן, אלא לר' יוחנן מאי איכא בין ר"ש לרבנן ומשני הגמ' איכא בינייהו דרב חסדא דאמר ר"ח כדרך שתיקנו משיכה כו' רבנן אית להו דרב חסדא ור"ש לית ליה דר"ח, ודברי הגמ' מוקשים ע"פ דרך הבנה הישרה, דהא ניחזי אנן הגמ' גם מעיקרא ידע דפליגי רבנן ור"ש דרבנן סברי דלוקח יכול לחזור ג"כ, ור"ש סובר דלוקח אין יכול לחזור, רק דהגמ' פריך מאי איכא פירוש באיזה סברא הוא טעם פלוגתתן, ומשני הגמ' בדרב חסדא קמיפלגי ובמה ילאנו חובת התירוץ על השאלה באיזה טעם פליגי דהא זה ידע הגמ' גם מעיקרא דלרבנן יש תקנת חכמים גם על הלקוחות, וביותר קשה לפי מה שכתבו התוס' לקמן וכן הוא מוכרח לומר שגם אליבא דר"ש יש תקנת חכמים בלוקח לחזור בתרי תרעי, וכדאיתא לקמן (ע"ד ע"ב) וא"כ הקושיא היא רק במה פליגי בחד תרעא ר"ש ורבנן ובאיזה סברא הוא, ומה תירץ לנו דפליגי בדרב חסדא, ועוד דלפי מה שנראה מסוגיא דלקמן (מ"ט ע"ב) דרב חסדא אמרה גם אליבא דר"ש גבי הא דפרזק רופילא שם גם ר"ש מודה וכמו שכתבו התוס' — לכן נראה לענ"ד לומר בביאור דברי הגמ', והוא דניחזי אנן גדר קנין מעות של קנין וכן בקידושין הוא כן, שנותן המעות מקנה המעות להמקבל שיהיה שלו ועבור זה שנהנה שמקבל מעותיו הוא מקנה לו הדבר או האשה מתקדשת לו עבור ההנאה שנתן לה המעות, וא"כ כיון שהקונה מקנה לו להמוכר המעות ועבור זה מקנה לו החפץ ולכן סברת ר"ש הוא נהי דתקינו רבנן שיכול לחזור מקניית החפץ מ"מ מהקנאת המעות אין יכול לחזור שהרי הקנה לו מקודם המעות ונהי שקנין החפץ נתבטל מ"מ בחד תרעא שהחפץ לא הוזל יכול לשלם לו עבור המעות בהחפץ הנ"ל דהא הוא לא התחייב לו לתן לו מעות בתשלומין זהו סברת ר"ש, ורבנן סברי כיון שנתבטל הקנין ע"י חזרתו מן החפץ נתבטל הקנין ג"כ ממה שהקנה לו המעות והרי הוא נעשה ככל בע"ח שאם יש לו מעות אין יכול לסלקו בשוה כסף, וכן אם אותן המעות המה בעין מחויב להחזיר אותן המעות דווקא, וזהו כוונת הגמ' דמעיקרא ס"ד להגמ' בסברא הפשוטה שתקנת חכמים הוא שיכול לחזור בדבר הקנין היינו בהדבר שקונה, אבל במעות תשלומי המכר לא היה תקנת חכמים בחזרה, ולכן כיון שהמעות נקנה לו מקודם המה שלו ואין מחויב להחזירם, ולכן פריך הגמ' מאי איכא בין ר"ש לרבנן פי' מ"ט דרבנן, ולבסוף מסיק הגמ' דרב חסדא איכא בינייהו, וזהו פירושו במלתא דרב חסדא כדרך שתקנו משיכה במוכרים פי' בדבר של המוכרים היינו הדבר שקונה תיקנו בו משיכה שכל זמן שלא משך ישנו בדין חזרה, כן תיקנו בלקוחות היינו במידי דלקוחות היינו המעות שנותנים הלקוחות גם בהם תיקנו החזרה, רבנן אית להו דרב חסדא ור"ש לית ליה דרב חסדא, וכן הכוונה (בדף מ"ט ע"ב) גבי הא דפרזק רופילא דאמר רב חסדא כדרך שתיקנו משיכה במוכרים כו' היינו שגם אמר הלוקח הב לי זוזי לא בעינא חמרא, וע"ז אמר רב חסדא שני דברים א' בעיקר הדין שיכול לחזור בקניית היין, ושנית שיכול לתבוע מעותיו בחזרה ושפיר טען הב לי זוזי, וזהו הנראה לענ"ד לומר בביאור הגמ' (ויעויין בשיטה מקובלת בדף מ"ז ע"ב אהא דמאי איכא בין ר"ש לרבנן בשם תלמיד הר"פ בשם מהר"פ וקרוב הוא לדברינו יעו"ש):

ח) **והנה** גם לשיטת התוס' הגם שלדעתם הוא שהקנין נגמר בעת המשיכה, מ"מ כיון שיש כאן קנין מה"ת שמעות קונות מה"ת, נראה לומר שמתחיל אז והמעות לשם קנין ניתנו ועבור זה מחייבינן במי שפרע, דסברת דברים ואיכא בהדייהו מעות הוא רק לריש לקיש, אבל לר' יוחנן המי שפרע הוא עבור הקנין מה"ת, ולכן מוכרח לומר שהמעות מקנה לו ועבור זה יהיה החפץ הנקנה קנוי לגמרי בעת המשיכה ע"פ תקנת חכמים שכל זמן שלא נמשך לא חל עליו הקנין מעות, ומלינו קנין כזה במעות, בקידושין ד' נ"ט האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר ל' יום דמקודשת אע"פ שנתאכלו המעות דהני זוזי לא למלוה דמו ולא לפקדון דמי, רק לשם הקנין ניתנו שבשביל זה הוא מקנה לו את המעות שיקנה לו התמורה לאחר ל' יום וכדומה לאחר שיהא כן, (גם אפשר לפרש כמש"כ לעיל בהא דאיתא בגמ' כדרך שתיקנו משיכה במוכרים כו' ונאמר כן, גם לפי שיטת התוס' ודו"ק), ולכן כל זמן שלא חזר בו המעות קנוין לו לגמרי ומותר להשתמש בהם וע"כ חייב באונסין עליהן כל זמן שלא קבל מ"ש, ולא נתבטל הקנין מהמעות שניתנו לו ע"ז שיקנה לו אח"כ בעת המשיכה להחפץ. — וזהו הנראה לענ"ד ג"כ כוונת דברי הרי"ף ז"ל דקאמר מאן דיהיב זוזי אזבינא אדעתא דלית ליה גבי חבריה אלא ההיא זבינא בלחוד הלכך קיימו הנהו זוזי ברשותא דמזבנה כו', הוא ג"כ ע"פ מה שכתבתי דכיון דקיי"ל מעות קונות מה"ת א"כ המעות ניתנו לקנין

שיוקנה

שיוקנה לו עבור זה התמורה, ולשיטת רש"י הקנין בעת מעשה ולשיטת התוס' הקנין יהיה אח"כ מ"מ המעות לקנין ניתנו שיוקנה לו עבור זה התמורה, ולכן המעות קונים לו מעכשיו והתמורה נקנה לו עבור זה לשיטת רש"י מעכשיו אם לא יחזור עד המשיכה, ולשיטת התוס' הקנין ע"י מעות אלו יחול בעת המשיכה [ואל תשיבני ע"ז אימתי נדרש לומר שבכסף זה יקנה אח"כ, במקום שאח"כ אז נדרש להקנין כסף שניתן עכשיו כמו בקידושין שבלעדי זה א"א שיחול הקידושין או בקניית קרקעות, אבל הכא במטלטלין כיון שהמשיכה לבדה תקנה אז ולא נצרך לירוף המעות, וא"כ למה לנו לומר שניתן לקנין של מעות בעת המשיכה כיון שהמשיכה לבד קונה, יש לומר שסברינן שאדם רוצה שיהיה הקנין חל גם מה"ת ע"י המעות, ויש לזה סמוכין מהא דאמרינן בגמ' (ב"ק דף ק"ב) דעתו של אדם להקנות לבעל המעות], ולכן כיון שהמעות נקנו לו קיימי ברשותיה כל כמה דלא הדר ביה שנתבטל אז הקנין למפרע, וזה אזלא אליבא דר' יוחנן שהמעות עושין פעולת קנין ולכן דקדק הרי"ף לכתוב מאן דיהיב זוזי אזביכא פי' שהזוזי עושים זביני, אבל לריש לקיש לא נתברר לנו לדעת הרי"ף אליביה, דאפשר לומר כיון שהקנין הוא רק המשיכה והמעות לא ניתנו לשום קנין במטלטלין המה רק בתורת פקדון בידו עד עת הגמר שיהיה אז הקנין ע"י המשיכה, ולפ"ז שפיר כתב מרן הרב"י שדעת הרי"ף הוא כתי' הב' של התוס':

ו) **ובדעת** הרמב"ם יש לחקור איך שסובר בענין זה הא דמעות קונות מה"ת, הנה (בפ"ט מהל' תרומות הל' י') כתב נראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים ועדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות כו', ואם מכר ישראל לכהן אע"פ שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שתמשוך עכ"ל, והנה יראה דעתו שלענין הנוגע לאיסור דאורייתא חוששין לקנין מעות וצריך להתבונן בטעמו, ועוד שלשיטת הרמב"ם שבמקום שנוגע לענין דאורייתא אין לנו להקל ע"פ קניני דרבנן, א"כ היה להרמב"ם גם לכתוב דין זה שאם ישראל מכר פרה לכהן ומשך הפרה, אך שעדיין לא נתן דמים שאין להכהן להאכילה תרומה עד שיתן דמים לפי שמדאורייתא עדיין הינה שלו. — מיהו זה יש לתרץ, די"ל דבמקום שבענין שיהיה שלו ממש אין מועיל מה שמדרבנן הוא שלו כיון שמה"ת אין שלו, אמנם בענין תרומה קיי"ל שכהן ששם פרה מישראל, היינו שקבל עליו אחריות אונסא וזולא וכן יוקרא הכל הוא שייך לכהן אף שאין שלו באמת והישראל יכול לקח גוף הפרה בחזרה כשירצה, מ"מ כיון שלענין השומא הוא ברשות הכהן יכול להאכילה כרשיני תרומה כדאיתא ביבמות (ס"ו ע"ב), וא"כ הקונה במשיכה הגם שמדאורייתא אין שלו מ"מ כיון דמדרבנן הוא שלו וממילא כל האחריות עליו הוא מצד תקנת החכמים, א"כ ממילא הוא מותר להאכילה תרומה שהרי האחריות ממנה עליו, ולא גרע זו המשיכה מאלו קבל עליו אחריות אונסא וזולא. — משא"כ בהא דקנה בכסף הלא לא קבל עליו אחריות המוכר שאם לא ירצה לקבל מ"ש אינה על אחריותו, ולכן אין יכול הכהן המוכר להאכילה תרומה מפני שמדאורייתא אין שלו ואינה באחריותו, אך מ"מ יש לעיין על סברא זו אם הרמב"ם יסבור להאי כללא שלענין דאורייתא אין מועיל מה שמדרבנן הוא שלו, והנה הרבה מרבותינו האחרונים הביאו מדברי הרמב"ם אלו שדעתו שבמקום דאורייתא אין מועיל קנין דרבנן, ולענין הנוגע לדאורייתא אנו חוששים איך שהוא הממון ע"פ ד"ת, וכן הביא המחנה אפרים דעת הרמב"ם בהל' לולב שביום ראשון אין לתן לקטן מפני שאין מקנה מה"ת, ומשמע דמיירי שהגיע לעונת הפעוטות שמדרבנן יכול להקנות, ואפ"ה כיון שמה"ת אין יכול להקנות, אין יוצא בזה:

ובאמת מהא דגבי תרומה חושש לאסור להאכיל הפרה שמכר הכהן לישראל בכסף קודם המשיכה משום שדבר תורה מעות קונות אין להביא ראיה לזה, די"ל דסבר כמש"כ לדעת רש"י שחוששין שמא לא יחזור בהמקח ונמצא המכירה חלה מעיקרא מעת נתינת המעות שקנה אז מה"ת, והקנין ישאר בתוקפו ונמצא בהמת ישראל אוכלת תרומה. — אך איך שנאמר בדעת הרמב"ם אם שמטעם שבמקום שנוגע לאיסור תורה אנו דנים כמו שהוא מה"ת דין הממון, או שנאמר שבקנין מעות הוה הקנין מעיקרא כשלא חזר בו והיה משיכה לבסוף, קשה טובא מהא דאתנן בבא עליה ואח"כ נתן לה גם בהבעלי לי בטלה זה שפסק הרמב"ם כדאיתא בגמ' (ע"ז ס"ג) דבזונה ישראל אין אסור משום אתנן רק בדקיימא בחצירה משום דמיחסרא משיכה, והא מה"ת מעות קונות וזו ההנאה חשובה כמעות, וא"כ מדאורייתא הוה אתנן ואם משום שיכול לחזור בנתינת הטלה ולתן דמים תחת הטלה, מ"מ כשלא חזר בו ונתן לה הטלה למה לא תחול האתנן למפרע, וגם אם נאמר שיטת הרמב"ם הוא כשיטת התוס' שהקנין הוא לבסוף, מ"מ כיון שהוא סובר שלענין איסור תורה דנין כפי מה שהוא מה"ת באמת, א"כ כיון שמה"ת קניה להטלה בביאה והוה אתנן, ולמה פסק הרמב"ם (פ"ד מהלכות איסורי מזבח הלכה י"ג) דאין אסור רק או בזונה כותית או בזונה ישראלית וקיימא הטלה בחצרה, אבל בזונה ישראלית ולא קיימא בחצרה אין איסור משום אתנן הא אתנן איסור תורה הוא והיה צריך לחוש למה שמה"ת מעות קונות והוה אתנן:

ז) **והנראה** לענ"ד לומר בזה, דענין אתנן שאני מכל הני דאמרינן בהו שהיו בקנין מעות לבד, והוא דהרא"ש והר"ן כתבו שמהא שמעינן שהשוכר פועל והבטיח לתן בשכר פעולתו חפץ זה בשכרו שיכול לתן דמי החפץ בשכרו שודאי נתחייב לו החפץ או הדמים, אבל גוף החפץ א"א לו לקנות אלא במשיכה או שיהיה ברשות הפועל בשעת המלאכה, ומסתימות לשון הרא"ש יראה שאין צריך לקבל מ"ש על זה רק קאמר שיכול לתן לו דמי החפץ בשכרו, ועיין בקצה"ח (סי' של"ב ס"ק ז') ועיין בספר ראשי בשמים להגאון מוה"ר מ"י זצ"ל הגאב"ד דק"ק אניקסט בסי' פ"ד שהאריך בענין זה הרבה בענין דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף שדבר בזה הקצה"ח. — ולענ"ד נ' לומר בזה דאימתי אמרינן שקנין מעות הגם שעקרו אותו חז"ל בתקנתם שדווקא משיכה קונה, מ"מ יש עליו דין מש"פ וכן יש עליו לתא דקנין מה"ת, או ע"פ מש"כ לדעת רש"י שהקנין יחול אח"כ בעת משיכה למפרע מן עת נתינת המעות, דוקא במקום שנותן המעות לשם קנין, ושום תועלת אחר לא יצא לנותן המעות ע"י נתינתו הנ"ל, שהרי אם יתבטל הקנין כגון אם חוזר בו מה יהיה לו על נתינת מעותיו ליד המוכר, לכן אמרינן דהוה זה קנין לענין מש"פ או שהקנין יחול למפרע כשלא יחזור ויהא אח"כ משיכה, משא"כ בנידון זה של שוכר פועל ועבור הפעולה הבטיח לו לתן חפץ פלוני, שאמרינן ע"ז כיון שמעות אין קונות, ע"כ יכול לתן דמי החפץ בשכר פעולתו, וא"כ נשאר פעולתו, לעשות ממנו התחייבות על תשלום הדמים, ולכן אמרינן שאתי פעולות לא יעשו העשיות של הפועל להשוכרו; שיעשו התחייבות על תשלום דמים, וגם יעשה קנין למש"פ או שיעשה קנין לכשימשוך אח"כ את החפץ שיקנה למפרע זה אין אנו עושים ע"י דבר פעולתו, בשלמא אם היה מעות קונות לגמרי או כגון בזונה כותית שאצלה מעות קונות לגמרי שפיר אמרינן שהפעולה עושה לקנות הדבר, ובזה נגמר הקנין ואין כאן התחייבות כלל, אבל במקום שאין כאן קנין שיוגמר לגמרי לפי שמעות אין קונות, ורק הוא בא לעשות התחייבות על שילום הפעולה בהחפץ או בדמיו, כיון שעושה התחייבות אין עושה קנין כלל, הגע בעצמך אם היה להקונה פקדון שהיה ביד המוכר וקנה ממנו חפץ ואמר לו שכאשר

ימשוך

ימשוך ממנו את החפץ יקח התשלום מהפקדון שיש אללו הכי נאמר בזה שיש לו ע"ז קנין מעות אחרי שלא ניתן המעות לקנין, וה"נ בנידון זה כיון שהפעולה עושה התחייבות על תשלום שיווי של החפץ שמבטיח לו לתן, הגם שאומר שכאשר יתן לו החפץ יופטר בזה מהתחייבות תשלום פעולתו, מ"מ אין כאן נתינת דמים על קנית החפץ, שהפעולה שנחשב כנתינת דמים הוא נעשה על התחייבות התשלום עבור הפעולה, ממילא אין כאן קנין תורה כלל אחרי שרצונו עתה בהתחייבות מפני שעל הקנין הרי יכול לחזור ע"פ תקנת חז"ל, ונצרך שיעשה התחייבות וכיון שעושה התחייבות ממילא אין כאן קנין כלל :

ח) **וכיון** שישבנו בעז"ה שמסוגיא דע"ז אין כאן קושיא לענין הדין שמעות קונות מה"ת, נבוא לבאר שיטת הרמב"ם בענין זה והוא שהרמב"ם פסק (בפ"ו מהל' מעילה הל' י') קנה בה חפץ ולא משך אם מישראל לא מעל, והנה הכ"מ כתב יש לתמוה דהתם אליבא דר"ל קאמר דאמר משיכה קונה מה"ת, ואנן קיי"ל כר' יוחנן דאמר דבר תורה מעות קונות, ונשאר בתימא ובאמת גם הראב"ד לא השיג כלל על הרמב"ם וראוי למשכוני נפשין לבאר שיטת הרמב"ם איך יפרנס הסוגיא. — והנראה לענ"ד לומר בשיטת הרמב"ם ליישב דבריו והוא דיסוד דעתו שמדאמר רבא קרא ומתניתא מסייע לריש לקיש ולא קאמר דמתניתא הוה תיובתא לר' יוחנן, משמע ליה דגם לר' יוחנן יש ליישב באמת את הברייתא, רק דלריש לקיש מרווח יותר, אבל באמת גם לר' יוחנן יהיה מיושב דינא דברייתא, שנית, קצת ראיה יש שגם למ"ד מעות קונות מה"ת יש ליישב האי דינא דברייתא דהא מרא דשמעתא דאמר דווקא בלן כו' הוא רב, וזה דחוק לומר דרב יסבור מעות אין קונות מה"ת כיון דרב הונא תלמידיה אית ליה בפירוש מעות קונות מה"ת כדאיתא (ב"מ דף מ"ז), ובשבת קכ"ח, ובכילה מ' ע"א פריך הגמ' מרב הונא אדרב משום דרב הונא תלמיד דרב הוה, ולכן מזה הוכיח הרמב"ם שזאת רק מסייע לריש לקיש אבל באמת גם לר' יוחנן ניתא דין זה דבמקום שצריך משיכה לא מעל עד דמשך, רק דרבא אמר דסברא הפשוטה נוטה לומר כיון שאנו אומרים מעות קונות מה"ת מסתבר לומר שהקנין חל למפרע, וכמש"כ מקודם ולכן מוכרח הוא להקנות המעות להמוכר בעת קניתו בהמעות מהמוכר ונותן לו המעות ע"ז, וכן הוא אליבא דר"ש באמת, וגם הוא מתחייב באונסין ולכן מסתבר ליה לרבא דלשיטה זו שמעות קונות מה"ת צריך להיות דין מעילה תומ"י גם קודם משיכה, מ"מ באמת יסבור ר' יוחנן וכן רב דליכא מעילה קודם המשיכה אף אם מעות קונות מה"ת, משום כיון שאפשר בחזרה והקנאת המעות מתלא תלי וקאי וכל שיחזור מהמקח יחזור ג"כ מקנין המעות, ואם המעות בעין נריכים המה להיות חוזרים להלוקח נותן המעות, לכן א"א לחייבו ע"ז עתה במעילה :

והנה הרמב"ם (פ"ז מהל' מעילה הל' ט') פסק במפקיד מעות אצל שולחני מעות מותרין, שניהם לא מעלו אפי' כשהוציאן השולחני, וכתב ע"ז הכ"מ בשם הר"י קורקוס משום דהנך ברייתות, דקתני דווקא בלן והא דקתני נתנה לספר לא מעל פליגי אהך דלעיל בפ' המפקיד וס"ל דבהיתר תשמיש אין מתחייב במעילה, ולכאורה הוא קשה לענ"ד מנ"ל לעשות פלוגתא בין הברייתות ולדחות ברייתא דאיתא בפ' המפקיד מהלכה, הא איכא למימר דהא דקתני הכא דווקא בלן, היינו דבזה הוא מעל מיד, ובהנך לא מעל עד דמשך, היינו בלא הוציאן המוכר, דאילו משום היתר תשמיש אין מתחייב משום מעילה עד שהוציאן המקבל המעות וכדאיתא לעיל (בפ' המפקיד דף מ"ג) אליבא דרב נחמן דהלכתא כוותיה, עוד קשה לענ"ד אם נאמר שגם לריש לקיש מותר להשתמש במעות ורק שבהיתר תשמיש אין מועל הנותן גם כשהוציאן המקבל כפי שיטת הרמב"ם הנ"ל, א"כ יקשה האיך קתני באידך ברייתא נתנה לספר וכו' לא מעל עד דמשך משמע דבמשך מעל בודאי הא גם זה לאו מלתא פסיקא הוא דהא אם הוציאן המקבל טרם המשיכה של הקונה נותן המעות אז שניהם לא מעלו לפי שיטת הרמב"ם, וא"כ למה ימעול בשעת המשיכה כיון שהמעות אז אין בעין אללו, ומה מוציא אז מרשות הקדש, ואין לומר דמעילתו יהיה מלד שנהנה בקנייתו את החפץ תמורת המעות של הקדש, זה א"א לומר כן כיון שהמעות אז אין בעין ליכא למימר ע"ז דשקיל חליפי ההקדש כי אין להלוקח עליו רק חוב, וכי היכא דאיתא בגמרא (ע"ז ס"ב ע"ב) גבי חליפי שביעית, ושם (ס"ג ע"א) גבי אתנן בא עליה ואח"כ נתן לה לא הוה אתנן גם שנתחייב לתת לה בעת המעשה, והוא נותן עבור החוב שנתחייב עבור הנאת הביאה ואפ"ה לא הוה אתנן, וה"נ בנ"ד בהקדש מה שלוקח החפץ עבור המעות שהוציא אין זה עבור המעות גופא כשאינם בעין, כ"א רק עבור חוב של המעות שהוציאן ואין לו במה שיחול עליו דין מעילה :

ט) **ולכן** נראה לענ"ד לומר בשיטת הרמב"ם דלר' יוחנן מותר להמוכר להשתמש במעות וגם חייב באונסין כשיטת הרי"ף, אבל לריש לקיש אסור לו להשתמש במעות, ולכן לריש לקיש ניחא הברייתא דקתני גבי ספר לא מעל עד דמשך וכשמשך מעל בודאי, משום דמסתמא הוו המעות בעין כיון דאסור להמוכר להשתמש במעות, ולכן אליבא דריש לקיש אין כאן שום ראיה לדחות הברייתא דהמפקיד, רק הראיה היא אליבא דר' יוחנן דהא למש"כ לדעת הרמב"ם הנך ברייתות אתיין גם אליבא דר' יוחנן, ואיהו סובר דמותר להשתמש בהן וכדעת הרי"ף והגאונים, וא"כ איך אתיין אליביה הא דקתני לא מעל עד דמשך, הלא לכל הפחות כשהוציאן המוכר היה לו למעול, ולכן הכריח מזה הרמב"ם לדינו דלא קיי"ל כברייתא דהמפקיד משום דמשמע ליה דסתמא קתני לא מעל עד דמשך גם כשהוציא המוכר את המעות, דלא משכחת לדין מעילה אלא כשמשך, וגם קושיא השגיה שהקשינו האיך פסקה בברייתא דכשמשך מעל, גם אם הוציא המוכר המעות מקודם ואינם בעין, יהיה ניחא לשיטת ר' יוחנן וכמש"כ לעיל שאליבא דר' יוחנן שהמעות ניתנו לקנין, ובאמת הקנם להמוכר בעת שנתן אותם לידו, רק בעת מעשה א"א לו למעול שמא יחזור בו אח"כ ויתבטל הקנין למפרע מהמעות ולכן גם ע"י שהוציאן לא ימעול כשיטת הרמב"ם הנ"ל, אבל כשמשך נתברר שנגמר הקנין בהמעות למפרע, וחייב במעילה על מה שנתן המעות לידו. — והנה מדברי הכ"מ משמע שגם לפי דעת הרמב"ם אם הדין כרב הונא דהיתר תשמיש מחייבו באונסין היה דין מעילה שכן כתב (פרק ז' הל' י') שכיון שאין אנו מחייבין אותו עד שיוציא והוציא דוקא לרב נחמן דהלכתא כוותיה שאין חייב באונסין ע"כ, וא"כ קשיא האיך פטור ממעילה לדידן דקיי"ל כר' יוחנן למש"כ שאליביה מחייבינן להמוכר באונסין, וביותר קשה לפי מש"כ שדיוקו של הרמב"ם הוא ממלתיה דרב שמסתמא לא פליג עליה רב הונא תלמידיה דסבר מעות קונות ומותר להשתמש במעות, ולרב הונא היתר תשמיש מחייב באונסין והיה ראוי להיות דין מעילה גם בספר ובכ"ד הצריך משיכה. — אבל באמת אין זה קשה דלמש"כ התוס' בב"מ (דף כ"ט ע"א ד"ה והוה) דלמ"ד דהיתר השמים מחייבו באונסין גם אם היה המעות בעין אין מחויב להחזירן והוה לוה עלייהו ולכן מחייבינן במעילה גם טרם שהוציאן כו' יעו"ש, ולכן יש לומר דוקא התם בהמפקיד שהיתר תשמיש בא ע"י הטובה שעושה המפקיד להנפקד, ולכן סבר רב הונא דהוה כהלואה גביה ממש ואין מחויב להחזיר אותן המעות, מה שא"כ במעות שניתנים על המכר שלכך ניתן לו רשות להוציאן ומתחייב גם באונסין, משום שעומדים לקנין, אבל כשחוזר בו אח"כ ונתבטל הקנאת המעות למפרע מחוייב אז להחזיר המעות בעצמן אם הן בעין, וכן מוכח משמעתא דשומשמי ומדברי הרי"ף שם, שלאחר שקבל מ"ש המעות

המעות בתורת פקדון גם קודם שבאו ליד הקונה בחזרה, ולכן כיון שלכך פטור ממעילה משום שמא יופקע הקנין בחזרתו של אחד מהן ויתבטל דין הקנאת המעות ממילא אין לחייבו במעילה עבור חיוב אונסין גם אליבא דרב הונא ודו"ק :

י) **ובענין** מקח טעות אם מותר להשתמש בהמעות וכבר האריכו בזה הרבה רבותינו הפוסקים [וכאשר ידידי הרב הגאון כו' מו"ה שלמה מרדכי ברודנא נ"י מ"ץ דסמרגאן שהיה הגאב"ד דק' כטופצי העריך אז ג"כ בענין זה קונטרס ארוך, ובאיזה דברים שהערותי על דבריו יובא כאן בדברינו] ועל מש"כ כתר"ה בזה שלדעת הרמב"ן והרמב"ם אתי שפיר כל הני דוכתי דמוכחי שגם במקח טעות זוזי הוי כהלואה לגביה וחייב באונסין שפיר שגם אליבא דריש לקיש חייב באונסין ומותר להשתמש עכ"ד, והנה כפי שבארנו לעיל בדברינו דברי הרמב"ם נראה שאליבא דריש לקיש מלתא דפשיטא דפטור מאונסין, וגם נראה דאסור להשתמש בהן כמש"כ לעיל, אמנם גם לדעת הרמב"ן אשר מובא בשמ"ק לתירוץ הראשון שלו דמוכח שגם אליבא דריש לקיש מותר להשתמש וחייב באונסין, מ"מ לענ"ד עדיין לא נתיישב לנו לומר לענין מקח טעות שג"כ מותר להשתמש, ואדרבה מוכח איפכא, אם לא נחלק כפי חילוקי הפוסקים (הקצה"ח והנתיבות), דהא בהדיא כתב הרמב"ן דאחר שקבל מי שפרע הדר הוה ליה שומר על המעות ואסור להשתמש בהן ופטור מאונסין, לפי שנתברר ביטול המקח וממילא בטל גם קנין המעות לפי שעל דעת מקח ניתנו, רק כל זמן שלא קבל מש"פ מותר להשתמש לפי שסתמא עומד שיוגמר המקח כי שארית ישראל כו', אבל במקח טעות שנמצא מום במקח או איסורי הנאה וכדומה או עובדא דפרדיסא שהמקח עומד להתבטל בלי שום קבלת מ"ש, ואין אדם מתפייס במומין מסתמא דמלתא, מאין לנו היתר להשתמש במעות ושיבא עליו חיוב אונסין אם לא נחלק חילוקים המוזכר בדבריהם של רבותינו הפוסקים, או חילוקים אחרים במלתא דמסתברא :

ובעיקר הדבר לחלק בכל הני דהמקח בטל ואפ"ה מבואר בד' הפוסקים שמותר להשתמש כפי מה שכתבו הקצה"ח והנתיבות (בסי' ס"ו) נראה לענ"ד לומר קרוב לדבריהם, ולהטעים סברת החילוקים, והוא דהכא אליבא דריש לקיש המעות לא הקנה לו כלל רק נתן שיהיה בידו ולעת שיוגמר המקח יהיה שלו וכן לר' יוחנן ג"כ כשקבל מ"ש וחזר מהמקח, למפרע לא הוקנה לו המעות כלל וכמו שבארנו, משא"כ במקח טעות שנמצא או בעובדא דפרדיסא, כיון שהוא נתן המעות לשם מקח, וכבר כתבנו שהנותן מעות על המקח הוא מקנה לו המעות וחברו מקנה לו החפץ וע"כ הקונה כשנתן המעות הקנה לו אותם באמת, רק אם באים לבטל הקנאת המעות מחמת הטעות שיש במה שקנה, ע"ז אומרים מאן אמר לנו שדעתו לבטל הקנאת המעות כי יותר טוב הוא לו שיהיה המעות קנוין להמוכר ויהיה ברשותו להתחייב גם באונסין ולא יהיה בתורת פקדון, וזה כלל גדול בדין שכל שנעשה מעשה קנין בדבר בעינן אומדנא ברורה לבטל הדבר והכא אין לנו אומד שנאמר אשר רצונו לבטל הקנאת המעות, והלוקח הקנה לו המעות עבור התמורה שנותן לו או שצריך לתן לו, ואם שאין כאן תמורה שנתבטל המקח מן התמורה ישלם מעות תמורתן כפי מה שקבל ממנו, אמנם בהכיר בו שאינו שלו אין שייך טעם זה רק שם נלע"ד לומר טעם אחר משום כיון שנתן אותם בתורת מקח ואין לעשות קנין אחר שהרי יודע שאין לו אפשרות שיועיל קנינו, על מה נתן לו, אם לא שיהיה בידו כמו כל המעות אשר ניתנים על מקח שמשתמש בהם, ויתחייב באונסין עליהם עד עת שיהיה המקח ת"י. — אמנם בהני עובדי המבוארים בבעה"ת גבי מה שאירש ומכר באסמכתא שיש בחזרה עד עת שיהיה גמר הדבר שיומסר הדבר ליד הקונה, בזה צ"ע למה מותר להשתמש במעות, וחילוקו של הקצה"ח והנתיבות לא נתבררו לפענ"ד, ואם שבמוכר באסמכתא יש מקום לדברי הנתיבות, אך בהא דמה שאירש מאבא לענ"ד צ"ע לחלק זה מהא דר"ל דמעות אינן קונות דאמרינן שנתן המעות בפקדון עד עת המשיכה, וה"נ דכוותה שיהיה המעות ת"י עד עת שיבא לידו ירושת אביו וימסור לידו, ונראה דהבעה"ת אזיל בשיטת הרמב"ן רבו וסובר כפי דעת הרמב"ן בתי' הראשון שלו שבשמ"ק הנזכר לעיל בדברינו, שגם לריש לקיש כל זמן שלא חזר מהמקח מותר להשתמש וחייב באונסין, ועוד אפשר לומר דהא דמה שאירש מאבא מכור, והא דמוכר באסמכתא איירי שעשו קנין לבד נתינת המעות א"כ כיון שסבורים היו שנגמר הקנין, ונתן לו המעות נתינה גמורה ולכן גם שבאמת אין כאן קנין מ"מ הקנאת המעות לא נתבטל, משא"כ במעות לריש לקיש שלא עשה שום קנין רק מסירת מעות אמרינן שיודע שגמר הקנין יהיה המשיכה והמעות נתן לו בתורת פקדון עד עת המשיכה שיהיה אז גמר המקח. עוד יש לחלק הא דמה שאירש מאבא מהא דריש לקיש, משום דבהא דמשיכה שיכול להיות שהמשיכה לא תתאחר אמרינן שנתן המעות שיהיה בפקדון עד עת המשיכה שאז יהיה שלו, משא"כ בהא דמה שאירש מאבא, שאין ידוע הזמן ולמה מכר אם לא שיהיה לו המעות לצורכיו :

והנה זה שכתבנו הוא לדעת הפוסקים שסוברים שמה דאיתא בירושלמי בקידושין גבי מכרן וקדש בדמיהן אינן לפי גמרא דילן, אבל הרא"ש פוסק שם כהירושלמי, ומה שלכאורה דעת הרא"ש בריש פ' הפרה בב"ק נגד זה שכתב שם דהוה כבע"ח בהא דמקח טעות, יפה כתב כת"ר שדברי הרא"ש לא באו לענין היתר תשמיש בהמעות לכתחלה, רק אם הוציא את המעות דשם איירי דליכא בעינייהו חשוב כבע"ח ולא כמזיק. גם מה שהביא כת"ר בדבריו מד' חידושי הרשב"א בקידושין שהוא כדעת הרא"ש (גם כתב שלא ראה להירושלמי שלא הזכירו), הנה כת"ר ראה בדברי הרשב"א שם בד"ה מכרן וקידש בדמיהן הראשון, ולא עיין שם בסמוך בד"ה מכרן וקידש השני ששם בסוף דבריו מביא הירושלמי דאמר זאת אומרת שמקדשים בגזילה, וכתב דלדידן מוקמינן בידע או בא"י, וכתב שם א"כ אפילו לישראל כיון דלאפקינהו יהבינהו ניהליה לאו גזל הם בידו וכעין הלואה הוא, ואע"ג דמקחו בטל הוא כי אתא למיהדר ביה ישלם מביתו, הרי שגם הרשב"א מסתפק בדין זה, ודקדוקו של כת"ר שעיקר כוונת הרשב"א הוא משום דאיסורי הנאה נינהו ולית ליה דמי כלל אין זה מוכרח דהאמת קאמר שמחמת זה הוא מקח טעות, ועוד נראה לומר משום שאם היה בהם דמים, הגם שהיה מקח טעות הוה ניחא דהוי קידושין, משום שגם שאסור להשתמש בהמעות, מ"מ הא משועבדים המה הדמים על החזרת החפץ הנמכר ולא יהיה גרע זה ממקדש במשכון דאחרים דאמרינן (בקידושין ח' ב') דמקודשת, ולכן כתב הרשב"א דלית ליה דמי, והוי גזל גמור הדמים שאין לו עליהם שום זכות. — ומש"כ כת"ר בהא עובדא דפרדיסא שגם אם נאמר שאסור להשתמש בהמעות מ"מ חייב באונסין דלאו כל כמיניה למשקל זוזי דחבריה ולא יתחייב באונסין, והוה ליה כגנב וגזלן, לענ"ד לא כן הוא ואיפכא מסתברא כיון דחברו עשה לו שלא כהוגן ודאי דמותר לו לעשות זאת וכי היכי דאמר הגמרא בב"מ (ק"א ע"ב) גבי ההיא איתתא דאגרה שקולאי מתמרא דחבריה ואנחיה בשבילא מפני שגמולו ישיב בראשו, וה"נ להאי גברא שרצה לקח קרקעו בעל כרחו שלא כדין, וע"ז קאמר ועם עקש כו' ואם אין רצונו להשתמש בהמעות של הקונה ודאי דלא הוה רק שומר חנם עלייהו ולא יהיה זה עדיף מתופס ממון חברו למשכון דאמר הגמ' בב"ק (ל"ו ע"ב) דנעשה שומר שכר לניזקין, אבל באונסין לא מתחייב משום דברשות קעביד דמותר לו לתפוס וה"נ ברשות קעביד,

והתם

והתם לפי שתופס למשכון נעשה שומר שכר והכא מסתברא שלא הוה רק שומר חנם, אך לכל הפחות באונסין ודאי דאין מתחייב. — עוד הביא שם כת"ר בשם גיסו ידידי הרב החו"ב שי' (הוא הרה"ג מוה' יצחק כהן ז"ל מסמארגאן), ראיה מתוס' (ב"ק ק"ב ע"ב) ד"ה מי הודיעו לצבע כו' שהקשו התוס' אם אין שבח סמנין ע"ג למר מאי פריך, ותירצו כיון דאין הצבע מקנה צבעו להאשה א"כ הצבע יכול לתבוע שכרו מהאשה א"כ ליהוי הקדש המעות שנותן הבעל להאומן, והוכיח מזה שאם נימא שהמעות הניתנים עבור מקח טעות הוה הלואה לא הוה קשה מידי, דעל המלוה שביד חברו אין חל ע"ז שום הקדש, וכת"ר כתב ע"ז שיפה כיון, ולכאורה היא ראי' נפלאה. — אך באמת לענ"ד אין כאן ראיה, דבאמת דברי התוס' לכאורה הוא פלא איך כתבו דהמעות הם הקדש דאינן שכירות כיון דהאשה חייבת השכירות, הלא הבעל ג"כ מחויב לשלם דהא זה לא גרע משוכר פועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו דנותן לו שכרו משלם ונוטל מבעה"ב מה שההנהו, וא"כ מחויב הוא הבעל לשלם מן הדין להאומן כיון שהאומן לא ידע שהוא עבור האשה, ולהבעל אין על האשה כ"א חוב מה שההנה אותה, וע"ז אין חל הקדש, ועוד אחרי שדעת הבעל להנות אותה בחנם וע"כ אין על מה לחול ההקדש, וקושיא זו הקשיתי מכבר, ולאומר הקושיא נראה לענ"ד לתרץ דבריהם שכוונת התוס' דסתמא קתני בברייתא אין לו בצבע שצבע לשמן, וגם בשלא שילם עדיין עבורן להצובע ואפ"ה מחויב הבעל לשלם להאומן מפני שחיובו קדם להקדש, וזהו כוונת התוס' דהכי פריך הגמ' שאם האשה לא קנתה, א"כ יכולין לתבוע מהאשה מפני ההנאה שההנה אותה, וא"כ אין לו להבעל לשלם ממעות הקדש כיון שאפשר שישלם ממקום אחר, והצובע ביכולתו לתבוע מהאשה ההנאה, אבל זה ודאי אם כבר שילם הבעל להצובע לא הוה מקשה הגמ' מידי ונסתר הראיה הנ"ל ודו"ק:

סימן ט

ראובן ושמעון נתעצמו בדין בדבר שהיה עומד אצל א"י אחד פרה של רעהו א"י אחר, ולהא"י הנפקד ניתן רשות מהא"י בעל הפרה למכור איתה במקח קצוב ולקח ראובן מאת הנפקד הא"י הנ"ל את הפרה במקח שקצב לו בעל הפרה ושילם עבורה ולקחה לרשותו, ושמעון הלך אצל הא"י בעל הפרה בעצמו וקנאה ממנו ונתן לבעל הפרה את הדמים עבורה, ושמעון טוען ואומר שקנייתו קדמה מאת קניית ראובן מאת הא"י הנפקד וראובן טוען שאין מאמין לו בזה:

ונראה לענ"ד לדון בזה שהדין עם מי שהפרה ברשותו וא"א להוציא ממנו, אם לא בראיה שיתברר שהא"י בעל הפרה מכרה לשמעון קודם שהיה מכירת הנפקד לראובן, כיון שזה שניהם מודים שהיה נתינת רשות להא"י הנפקד למכור וכשמכרה המפקיד קודם אז נתבטל השליחות כדין המבואר גבי קידושין מי שנתן רשות לשלוחו לקדש בתו והלך הוא וקדשה, אבל בלא ראיה אין להוציא מהמוחזק כי הוא תופס ברשות, ולא מיבעיא כמו שהעובדא בא לפנינו שלא בא הא"י לתבוע לבטל את מכירת הא"י הנפקד, ודאי שאין מחויב המוחזק ראובן למסור לשמעון את הפרה שמכרה לו הא"י הנפקד, כי יאמר לו לאו בעל דברים דידי את כל זמן שלא בירכת בעדים כשרים שהיא ניקנית לך קודם שבאת לידי, אך גם אם הא"י בעל הפרה בא לתבוע ולכאורה יש לו כח בידו להפקיע מכירת הנפקד שמכרה לראובן בטענתו, כאשר יאמר שיודע אני בבירור שאותו העת שמכרתי לשמעון היה זה קודם לקנייתך, והגם שלאחר שילא מא"י אין נאמן מ"מ יהיה נאמן במיגו שהיה אומר שלא נתן רשות כלל להנפקד למכור כי הפרה בחזקתו עומדת בחזקת מ"ק, וע"כ יהיה נאמן לומר שביטל להנתינת רשות למכור במה שהקנה מקודם לשמעון. — מ"מ נראה לענ"ד דהכא לא היה יכולת גם ביד הא"י בעל הפרה להוציא מיד המוחזק דהא הא"י שהפרה אצלו שמכר לראובן יש לו מיגו לומר שלקח מאת המפקיד במגו דהחזרתיה, שהרי בעת קנייתו ומסירתו ליד ראובן הקונה לא היה על זה עדי ראיה בעת מעשה וא"כ היה נאמן בעת מעשה לומר שניתן לו רשות למכור במיגו זה, והגם שעתה אין להא"י הנ"ל המיגו שהרי אינה ת"י וגם להקונה ממנו אין לו טענת ברי שהוא לא היה בעת נתינת הרשות שנתן להא"י למכור, מ"מ הא"י הנפקד דין שליש יש לו כיון דהוחזק בפרה ברצון המפקיד ודאי דהימניה בזה במה שאומר, ואין זה דומה למה שאמרו בגמ' (ב"ב ל' ע"ב) בהאומר מפלניא זבנית דאמר לי דזבנה ממך שצריך להחזיר לו הקרקע, דמטלטלין שאני כיון שהיו ביד הנפקד והוא נאמן במיגו דהחזרתי ואין לו עדי ראיה אז גם להקונה מידו טוענין בזה כמו שכללא הוא שטוענין ללוקח, ועיין בש"ך (בסי' קמ"ו ס"ק י"ג) ודו"ק. — אך זה ל"ע מצד דאין שליחות לא"י וא"כ מטעם זה יש להא"י בעל הפרה להוציא מיד הקונה ראובן שקנה מהנפקד, והנה בזה יש מחלוקת לרבותינו הפוסקים המשאת בנימין החליט בפשיטות שא"י לא"י יש שליחות, ועיין במג"א (סי' תמ"ח ס"ק ד' והב"ש באה"ע סוף סימן ה') שהביאו החולקים בזה, והמג"א הביא ירושלמי מפורש שא"י לא"י ג"כ אין שליחות, אמנם הגאון ר' עקיבא איגר הביא שם בגליון בשם הריק"ש ובשם מהר"ם מינץ שפסקו ג"כ דא"י לא"י הוה שליח, והמחנה אפרים והמשנה למלך (בפ"ב מהלכות שלוחים ושותפים) הביאו להירושלמי הנזכר שהובא במג"א, מ"מ כיון שדין זה במחלוקת שנויה נראה שאין להוציא מיד המוחזק:

והנה אם כי על מדוכת ספק דין זה ישבו רבותינו האחרונים גדולים חקרי לב רבינו המג"א והמחנה אפרים והמל"מ וכולן הביאו הירושלמי, ובודאי קשה לילך נגד הירושלמי במקום שאין לנו ראיה מגמ' דילן שחולק על הירושלמי, אך נראה לענ"ד לתת מקום לדעת רבותינו המשאת בנימין ומהר"ם מינץ והריק"ש שלא יקשה עליהם האיך המה מנגדים להירושלמי, והוא דמשמע להו שפיר שגמ' בבלי דילן חולק על הירושלמי, והנה קצת משמע מלישנא דגמ' (ב"ק קי"ג ע"ב) גבי דינא דמלכותא דינא דקאמר שם הגמ' שלוחא דמלכא כמלכא, והנה מעיקר הדין שמהני שליח ההלך נוטל הדקלים בע"כ הגם שאין זה הזכות לו רק להמלך, וא"כ אם אין שליחות לא"י מא"י לכאורה יחשב זה כגזל וכעין זה מצינו גם (ב"ב נ"ה ע"א) הני זהרורי דזבין ארעא לטסקא זביניהו זביני ופי' רשב"ם שם שקונין השדה מעבדי המלך עבור הטסקא והכרגא והחוב הוא למלך לבדו, והמה באים בשליחותו למכור ומהני ואם אין שליחות לא"י מא"י מדוע מועיל המכירה, הא אף גוף הנכסים היה נכסי המלך האיך היה מועיל מכירת עבדיו כיון שאין שליחות לא"י בכה"ג, מיהו יש לומר על כל זה שזהו גופא בכלל דינא דמלכותא דינא, שכן הוא דינא דמלכותא שמכירת עבדיו ומה שהמה עושים בהורמנא דמלכא יהיה עשוי, שהרי א"א להמלך לעשות לבדו, אך מלשון הגמ' שליחא דמלכא כמלכא קצת משמע שמדין שליחות הוא:

עוד יש להעיר להביא ראיה מהא דאיתא בזבחים (קפ"ז ע"ב) גבי שא"י אין מצווין על שחוטי חוץ דאמר שם הגמ' ולאורינהו שרי, ומייתי הגמ' דאיפרא הורמיז שדרא קורבנא לקמיה דרבא, שלוה להקריב ע"י תרי עולמי גולאי, והנה בכהנים המקריבים קרבנות דייק הגמ' (קידושין כ"ג ע"ב) דשלוחי דרחמנא נינהו משום דמי איכא דאנן לא מצינן למיעבד ושלוחי דידן מצי עבדי, ובקידושין

ובקידושין

ובקידושין (מ"ג ע"ב) דייק הגמ' מהא דשחיטת הפסח ששלוחו של אדם כמותו, ובזה אין אנו אומרים שהשוחטים את הקרבן שלוחי דרחמנא נינהו מפני שאפשר ע"י הבעלים ולכן אנו באים בזה מתורת שליחות, ובזה לא יקשה מהא דא"י נודרים נדרים ונדבות כישראל וזה ודאי ששחיטת קרבנותיהם צריכה להיות ע"י ישראל דווקא דשחיטת א"י נבלה, ואין שליחות לא"י, אך ע"פ מש"כ שכיון שא"א להא"י לשחוט בזה גם על השחיטה הוו שלוחי דרחמנא השוחטים להנדרים והנדבות של הא"י, וכעין זה מצאתי להפני יהושע בקידושין שם (מ"א ע"ב) בחידושיו, אמנם לענין הקרבה בבמה דאפשר להם להא"י לשחוט בעצמן למה יועיל השליחות שילוו לאחרים, כיון שאין שליחות לא"י וא"כ לכאורה נראה מוכח מזה שאינו יהודי לא"י יש שליחות. — מיהו יש לדחות דאימתי בעינן בקרבן שליחות בדבר שאפשר לו לעשות בעצמו, דווקא בקרבן חובה המוטלת על הבעלים או בקרבן נדר שאמר הרי עלי שצריך לצאת ידי נדרו, אבל בקרבן נדבה באומר הרי זו אין על בעלים המנדבים שום יפוי כח יותר מאחר, וכל אחד ואחד יכול להקריבו, ולכן שם בזבחים מיירי בקרבן נדבה ואין כאן מקום ענין שליחות כלל. — וקצת הוכחה לזה דהא אמרינן התם שמלד איסור הקרבה לחוץ אסור לסייען ולעשות שליחותן, וישראל לא"י ודאי דאין שליחות ואפ"ה משמע שלולא איסור הקרבה של שחוטי חוץ היה אפשר להיות שלוחם להקריב עבור הא"י, וא"כ מוכח מזה דע"כ צריך לומר דלא בעינן בזה שליחות, מיהו יש לדחות הוכחה זו די"ל דאין הכי נמי בא"י המקריב עבור א"י אחר הוא מטעם שליחות, ורק ישראל המקריב קרבנו כיון שבקרבנות שבמקדש שם הוי שלוחי דרחמנא דהא שם א"א להם להקריב ממילא גם בבמה לא גרע:

ומדי דברי בסוגיא זו צ"ע היאך אפשר לא"י להקריב בבמה הא שחיטתן נבלה ואנן בעינן ממשקה ישראל מן המותר לישראל, ואין לומר דפסולא של שאין מותר לישראל שילפינן מקרא הנ"ל הוא רק במקדש ולא בבמה, ז"א דא"כ למה מצרכינן בגמ' (מנחות ו' ע"א) הני תרי קראי ממשקה ישראל וקרא דכל אשר יעבור תחת השבט, הא איכא למימר דקרא דכל אשר יעבור דממעטינן טרפה הוא שגם בבמה קטנה לא יוכשר להקריב, מיהו זה יש ליישב דע"כ קרא דכל אשר יעבור ג"כ לא קאי אבמה קטנה, דמעשר בהמה אין קרב בבמה קטנה רק בנוב וגבעון, כדאיתא בזבחים (קי"ט ע"א) עיי"ש, אך מ"מ א"א לומר דקרא דממשקה ישראל לא קאי אבמה קטנה וטריפה יהיה כשר בבמה ג"כ דכיון דהני שני הפסוקים לא קאי אבמה, דא"כ ליחשוב זאת בדברים המחולקים בין במה קטנה לבמה גדולה דחשיב בזבחים (דף ק"כ ע"א) עיי"ש, ולכן נראה לענ"ד ליישב דקרא דממשקה ישראל דדרשינן מן המותר לישראל לא קאי רק כשישראלים מקריבים, אבל כשא"י מקריבים לא נאמר עליהם דין זה כלל כיון שהמה מקריבים כל שמותר להם יכולים להקריב לגבוה. — ובזה נראה לענ"ד ליישב קושית התוס' (בזבחים קפ"ז) אהא דאמר רב אסי לסייען ולעשות שליחותן, שהקשו שם בתוס' לר' יוסי דאמר קדשי א"י השוחטן בחוץ חייב לא הוה ליה לומר לשון אסור, ולמש"כ אתי שפיר דודאי כשהישראל שוחטן איכא חיובא כששחיטתן בחוץ כיון דראוי להקרבה בפתח אהל מועד, אבל כשא"י שוחטן והישראל מסייע לו דאפי' כששניהם ביחד שוחטין הלא בכה"ג הוה שחיטתן נבלה ואין ראוי שחיטה כזו להקרבה בפתח אהל מועד, ובזה ודאי דפטור משום חיוב ולכך נקט לשון אסור.

ובאמת לשון הגמ' אסור לסייען ולעשות שליחותן תמוה לענ"ד כיון דאמר שאסור אפי' לסייען כש"כ שאסור לו לבדו לעשות שליחותן עבור הא"י להקריב הקרבן, ולכאורה רציתי לומר דתרי גוונא יש בהקרבת הקרבן של הא"י, א') שעושה בעצמו הקרבת הקרבן של הא"י שלא בתורת שליחותו של הא"י, ובזה קאמר דאסור לסייען דלהקריב לבדו בכה"ג שלא בתורת שליחותו של הא"י ודאי דאסור דהא בכה"ג איכא חיובא דזהו הקרבה גמורה, וע"ז אמר דאסור לסייען דהוה שחיטה פסולה שאין ראוי לפתח אהל מועד ואפ"ה אסור. ב') להיות בא במקום הא"י ולהיות עושה בשליחותו והייתי אומר דזה כיון דאיהו מותר לו להקריב בחוץ לשם שמים, מותר לישראל ג"כ שיהיה שלוחו להקריב בעדו שיחשב זה כאילו הוא עושה בעצמו ההקרבה דשלוחו של אדם כמותו, רק מלד שאין שליחותו לא"י ג"כ אסור בזה ולכן מסיים אח"כ שגם אסור לעשות שליחותן. — אך באמת זה דחוק מתרי טעמי, חדא דזה מלתא דפשיטא שאין ישראל נעשה שליח לא"י שיחול ע"ז דין שליחות ולא הוה ליה להשמיענו כאן, ועוד דא"כ משמע דבאמת בתורת שליחות לולא הדין שאין שליחות לא"י היה מותר לעשות במקום הא"י שהיה נחשב כאלו הוא עושה ההקרבה, שלדידיה שרי להקריב בחוץ, וא"כ מאי קמ"ל רבה דלאוריינהו שרי, הא זהו מלתא דפשיטא שמותר שמוכח מדברי רב אסי גופיה שהרי כשמורה הא"י עושה בעצמו הקרבת הקרבן. — ולולא דמסתפינא לחדש דבר שלא מצינו בראשונים ז"ל, הייתי אומר לפרש דהאי ולעשות שליחותן הכוונה לעשות שליחותן לצוות לא"י אחרים שיהי' המה שלוחים של הבעלים להקריב הקרבן דזה ג"כ אסור, שהוא העושה שליח להקריב עבור בעל הקרבן בשליחותו חשוב זה כעוסק במעשה ההקרבה ומסייע לו, ונאמר בזה הגם שאין ישראל נעשה לשליח לא"י מ"מ ע"ז שהוא אומר בפקודתו לא"י אחר שהוא עושה אותו ע"י הישראל לשליח מהני, ולזה מועיל אמירתו שבא באמצעית הישראל להא"י לעשות אותו לשליח, ודוגמא לזה מצינו בשליח שלא ניתן לגירושין עיין בגיטין (כ"ט ע"ב ובתוס' כ"ד ע"א ד"ה וכי) שגם שהוא בעצמו אין יכולת בידו לגרשה ולכן אין יכול לעשות שליח אחר לגרשה, מ"מ לעשות כמו שאמר לעשות שליח יכול לעשותו וכמש"כ התוס' הנ"ל, ואמנם ע"פ שיטת התוס' אין דמיון לכאן דשם הוא בר שליחות ונתן לו הבעל כח זה לעשות שליח אחר ולענין זה הוה כמו הבעל, אבל לשנות מן כפי מה שלוה אין לו רשות, אבל בנ"ד שהישראל אינו בר שליחות להא"י היאך יכול לעשות להא"י לשליח אף שנאמר שע"פ דין א"י לא"י יש לו דין שליח, אך מה שאני מדמה הוא ע"פ שיטת הריטב"א בחידושיו וכעין זה הוא דעת התשב"ץ חלק א' (סי' כ"ה) שמפרש הא עובדא דאבא בר מניומי בגיטין (כ"ט ע"ב) שכל שמיחד אותו האדם שאתה תלך ותמסור לפלוני שיהיה שלוחי מיקרי שהוא עושה אותו לשליח ולא השליח עושהו לשליח, וכל הריעותא הוא שם משום דכה"ג לא מיקרי שליח ואין יכול לומר בפני נכתב עיי"ש בדברי הריטב"א בחידושיו בשם הר"ר פנחס, ובדברי התשב"ץ בסי' כ"ה בארוכה, ועפ"ז אומר גם בביאור כוונת הגמ' שאסור לעשות שליחותן, היינו למנות עבורו של בעל הקרבן את הא"י שיהיה שלוחו ואומר בפירוש שהוא ממנה אותו לשליח ע"י הודעה של היהודי שיודיעו, ולכן כיון שכח הקרבת הקרבן נעשה בשליחות של בעל הקרבן והשליחות נעשה ע"י הודעת הישראל חשוב זה כמו שסייע לו בעת העשיה והקרבה של הקרבן, ואל תשיבני מהא דאיתא בגמ' שם בזבחים דאמר רבא לרב ספרא ולרב אחא בר הונא זילו ודברו תרי עולמי גולאי כו' ואסקוה לשם שמים הרי גם שעשו ע"י ליווי של הנך אמוראי, ומקרי זה רק לאוריינהו, דנראה לענ"ד לומר שתרי גוונא יש באופן הקרבת קרבן של אחר, א' שעושה זאת מעצמו וכמו שבארתי למעלה, שכל שהקרבן הוא נדבה שאמר עליו הרי זה קרבן יכול גם אחר להקריב, ומצוות הקרבה נחשב על המקריב רק מצות נדבת הקרבן הוא על המנדב, משא"כ במקום שאותו בעל הקרבן רוצה שההקרבה תחשב עליו בזה הוא בא ע"ז מטעם שעושה שליח והוא עושה בשליחותו, וע"ז האופן אם יהיה הדין שא"י לא"י יכול להיות שליח היינו

שימסור

שימסור הוא דברי המשלח להשליח, הנה שבאמת אינו הוא העושה שליח רק באמת בעל הקרבן עושהו ע"י אמירת ומסירת הדברים של האמצעי הוא הישראל, מ"מ כיון שע"י אמירתו נגמר עשיית השליח של המשלח חשוב זה כמסייע בדבר ולא מקרי זה הוראה לבד שמורה לו איך לעשות, ובעובדא דרבא שמסר זה לרב ספרא ולרב אחא ואמר להו זילו דברו תרי עולמי כו' שם לא באו הכי תרי עולמי בתורת שליחות של איפרא הורמיז רק מעצמם עשו זאת ההקרבה ע"י הוראת רב ספרא ודעימיה שיעלו לשם שמים, ואם נפרש כן יהיה מזה ראיה שא"י לא"י נעשה שליח ועושה שליח בכה"ג דאם אין זה בתורת שליחות הרי זה כעובדא דרבא, ונאמר דגמ' דילן סבר כן, אך באמת האי לישנא ממש איתא נמי בירושלמי (פ"ק דמגילה הלכה י"ג) ר' בא בשם רב יהודה אסור לישראל לסייעו ואסור להעשות לו שליח, והירושלמי הלא סובר שגם א"י לא"י אין דין שליחות וא"כ א"א לפרש כמש"כ. אך לפי מה שאכתוב לקמן ואבאר בע"ה מה שאפשר לומר שיכול להיות שגם הירושלמי יסבור שבכל התורה א"י לא"י עושה שליח, ואם נאמר כן נוכל לפרש כמש"כ, ואף לשיטת התוס' ושארי הראשונים שאינם מפרשים האי עובדא דאבא בר מניומי בגיטין שמיירי שהוא עושה בדברו לשליח רק שנמסר להשליח שהוא יעשה שליח, מ"מ יש שסוברים שלדינא מודים ג"כ שאם אומר מפורש שהוא עושה לפלוני השליח לשליח ויהיה חלות השליחות בעת שיודיעו השליח ראשון הממונה ע"ז שיכול לעשות זאת, וא"כ גם אליבייהו נוכל לפרש האי ולעשות שליחותן בכה"ג ועיין ר"ן בגיטין פ' התקבל ודו"ק:

עוד נראה לענ"ד להוכיח שא"י לא"י יכול להעשות שליח לפי שיטת התוס' ב"ב (נ"ח ע"א) שהאבות קודם מ"ת אין להם דין ישראל וכן הוא שיטת חכמי צרפתים שהביא הרמב"ן בביאורו על התורה סוף פ' אמור שקודם מ"ת אין להם דין ישראל רק כבני נח, וא"כ צ"ל שבני נח יש להם דין שליחות זה לזה, שהרי הגמ' מוכיח דין שליחות מושחטו אותו כל קהל ישראל כו' וזה הוי קודם מ"ת בפסח מצרים, א"כ מוכח מזה דא"י לא"י יש להם דין שליחות רק שבעינן שיהיה מסוג אחד השליח והמשלח, הנה שפיטת הרמב"ן הוא חולק בזה עליהם וסובר דמעת שנתקדש אברהם במילה דין ישראל להם, מ"מ מסתייע לן שלשיטת התוס' מוכרח הוא שגמ' דילן סובר שא"י לא"י יש בהם דין שליחות. —

ובאמת מלשון הגמ' דב"מ (ע"א ע"ב) משמע ג"כ שא"י לא"י הוה שליח דהא בירושלמי קתני תרתי מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית, אתם עושין שליח ואין הא"י עושה שליח, ר' ייסא סבר שאין הא"י עושה שליח להא"י חברו אבל לישראל עושה ומדייק מרישא כמו שאתם עושין שליח בישראל הוא כן ואין הא"י עושה שליח ג"כ אפילו בישראל ע"כ, ונמצא דלפי הס"ד של הירושלמי שרצה לומר שא"י עושה שליח אפ"ה בזה מודה וסבר לה להדרשא דאתם עושים שליח למעוטי לא"י הוא. — ובגמרא דילן בב"מ שם כדבעי הגמ' למימר דישראל לא"י נעשה שליח דקאמר שם הגמ' בב"מ ה"מ איכהו לדידן אבל אנן לדידהו נעשה שליח, קאמר בתר הכי הגמ' דהא דרב אשי בדותא היא מאי שנא איכהו לדידן דלא דמה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית, אנן לדידהו נמי מה אתם בני ברית קאמר, ולדברי הירושלמי אין להוכיח מהא דאתם בני ברית דאנן לדידהו לא, דהא גם אם נאמר דא"י לישראל עושה שליח דרשינן ג"כ לקרא דאתם לומר שאין א"י עושה לא"י חברו, אלא שמזה נאמר דהגמ' דילן סבר שא"י לא"י פשיטא שעושה שליח, ולכן שפיר קאמר הגמרא דהא דרב אשי בדותא היא משום שכשאנו דורשים קרא דאתם מוכח דאנן לדידהו לא נעשה שליח. — ומדברי הירושלמי בעצמן יש לדקדק, והוא דלפי מה דסבר ר' ייסא דאין הא"י עושה שליח לחברו אבל לישראל עושה, וא"כ גריעותא שאין נעשה שליח הוא מצד שהא"י אין לו יכולת להעשות שליח, א"כ למה לי קרא למעוטי היינו קרא דאתם שאין עושה שליח לאין יהודי חברו הא מקרא דגם אתם דדרשינן דבעינן שיהיה שלוחכם בני ברית ידעינן ליה שאין ראוי הא"י להעשות שליח מי שאין בן ברית, כיון דזה סבר הירושלמי דמה שאינם אינן בני ברית מגרע גרע:

ולכן נראה לפי ענ"ד שאפשר לומר שגם שיטת הירושלמי שלענין שליחות מגרע גרע מה שהמשלח והשליח אין שוים, ולכן ממה דאמרינן שמגם אתם דרשינן שיהיה שלוחכם בני ברית לא נוכל למילף מזה שא"י לא יעשה שליח דהמיעוט הוא רק שיהיה השליח בן ברית כמו המשלח, והטעם בהא דאיתא שם בירושלמי (פ"ו דדמאי) ר' ייסא סבר דאין הא"י עושה שליח לא"י חברו אבל לישראל עושה ולפי מה שאמרנו אדרבה הא עדיפא לענין שליחות כששניהם שוים וא"כ כש"כ הוא שלא יועיל השליחות לישראל מא"י, נראה לענ"ד לומר כוונת הירושלמי מטעם אחר הוא, דאיתא במהרי"ט (בח"א סי' קכ"ז) דהאומר לחברו הקדיש נכסיי הוה זה מילי ולא ממסרי לשליח וע"ש שהעיר לחלק מ"ש מתרומה שמועיל השליחות אע"ג דהוה ג"כ מילי, ולענ"ד היה נראה לומר לחלק דתרומה שאני, לפי שמחויב בעל הפירות ולכן כיון שמוטל עליו החיוב לעשות תרומה יכול ג"כ לעשות שליח ע"ז, משא"כ בהקדש וכדומה אין חל השליחות על הדברים, ומעתה א"ש מה דפשיטא להירושלמי דאין א"י יכול לעשות שליח לא"י חברו יותר מלישראל משום דאין על הא"י חיוב להפריש תרומה, אע"פ שהפירות מוטל עליהם חיוב תרומה וכמוש"כ התוספות גיטין (כ"ג ע"ב ובקידושין מ"א ע"ב), ואתיא זה אליבא דרבנן שס"ל הא"י והכותי שתרמו תרומתן תרומה, ולכן כיון שעל הא"י אין מוטל חיוב להפריש תרומה הוה לגביה כמו נדבה שהוא מנדב להפריש תרומה שהרי אין עליו איסור אכילת טבל, ולכן אין יכול לעשות לא"י חברו משום דהוה זה כמילי דלא חל ע"ז שליחות, אך זה סבור בירושלמי ר' ייסא שכשעושה הא"י לישראל לתרום כיון שלגבי השליח נאסר הטבל חשוב לגבי השליח שליחות של תרומה כמו לגבי ישראל לישראל מפני שאללו הוא נחשב הסרת האיסור מהתבואה של הא"י ולא נחשב זה מילי, ומעתה לפי המסקנא עיקר מיעוטא דאתם ולא הא"י אתי למעט שלא יהא נעשה הישראל שלוחו של הא"י, שא"י לא"י איתמעט מצד מילי וישראל לא"י נתמעט מצד שאין דומה להמשלח ומטעם זה ילפינן לכל התורה בכללא דענין שליחות זהו הנראה לענ"ד מה שאפשר לייסב דברי הירושלמי שלא יקשה לשיטת רבותינו הסוברים שא"י לא"י יש שליחות, ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא ואין להוציא מהמוחזק:

עוד נראה לענ"ד שגם לדברי הפוסקים הסוברים שא"י לא"י ג"כ אין דין שליחות, אפ"ה בנידון דידן המכירה שמכר הא"י שהפרה אללו עומדת מועילה, ולא יהיה כח ביד בעל הפרה לבטלה מטעם זה, כיון שהא"י בעל הפרה גילה בדעתו ונתן רשות להא"י שהפרה אללו למכור אותה במקח זה, נהי שהשליחות לא חלה, מ"מ מצד הגילוי דעת שרוצה למוכרה באופן זה שקבל לתשלום מקח של הפרה חלה המכירה במשיכה שמשך הקונה, ונהי שקנין כסף אין כאן שהרי כיון שהשליחות לא חלה נמצא שלא נתן הכסף לבעל הפרה, שהרי ידו של הא"י שהפרה עומדת אללו אין נחשב כיד בעל הפרה מפני שלא נעשה שלוחו, אבל המשיכה ודאי מועילה כיון שניחא ליה בהכי וברשותו של בעל הפרה נעשה הדבר הזה, ולמ"ד משיכה קונה בא"י תועיל משיכת הקונה אע"פ שאין כאן דין שליחות, והרי זה דומה כמו שמצינו (ב"ב פ"ח ע"א) גבי ההוא דאייתא קרי דאתא כו"ע ושקול קרא קרא דאמרו שם בגמ' שכיון שקיילי דמיה הוה דבר שאינו של המוכר שקנו הלוקחים, אע"פ שלא אמר להם שמקנה להם במקח זה מ"מ אמרינן כיון שדמיו קלובים וניחא ליה

ליה להמוכר למכור במקח זה הוה כמו שמשכו ע"פ ליוויו לקונים, וה"נ הכא בנ"ד כל שהא"י בעל הפרה גילה בדעתו שבמחיר מעות אלו הוא רוצה שיומכר ע"י הא"י שהפרה עומדת אצלו והלוקח משך על אופן מחיר זה שקבע קנה בזה, ואין לחלק ולומר שכיון שבא ע"י שלוחו הרי בעל הפרה אמר לשלוחו שהוא יקנה ללוקח הפרה וכל שבטלה השליחות בטלה גם הגילוי דעת, ומגרע גרע זה מהא עובדא דקרי דב"ב שהובא לעיל לפי ששם מתחלה בא בדבר ע"י הגילוי דעת, ועוד דהתם בפניו הוה אבל כאן שבא ע"י השליחות של שלוחו וא"כ אפשר שכל שהשליחות נתבטל גם הגילוי דעת בטל, נראה לענ"ד דזה אינו וראיה לזה מהא שהתוס' בב"מ (דף ע"א ע"ב) ד"ה כגון הביאו הירושלמי דאיתא התם, ישראל שמינה אותו א"י אפוטרופס או סנטר מותר ללות הימנו בריבית, א"י שמינה אותו ישראל אפוטרופוס או סנטר אסור ללוות ממנו בריבית, והנה לכאורה יש לדקדק בשני הבבות הנ"ל, הנה ברישא על היתירא באפוטרופוס ישראל ללוות ממנו בריבית מעות הא"י שתחת ידו כיון דאין שליחות לא"י והרי השליחות בטלה ונמצא שלוה מישראל בריבית, ובאמת שם גופא הביאו התוס' שמעות של א"י המופקדים ביד ישראל אסור ללות ממנו בריבית, וע"כ צריך לחלק ולומר משום דשם הוה שלא ברשות בעל המעות והרי הוא על אחריות הישראל הנפקד, וא"כ הכי נמי נאמר ברישא בנתמנה הישראל לאפוטרופוס כו' כיון שהשליחות בטלה נעשה כשולח יד במעות הא"י, אלא מוכח מזה שאמרינן כל שבעל המעות גילה דעתו ומסר לשלוחו ע"פ אופן זה להלוות אע"פ שאין השליחות חלה, מ"מ כל שלקח הלוה המעות לידו חשבינן זה כאלו לקחם מיד בעל המעות. — מיהו מרישא יש לדחות שהתם נהי ששליחותו בטל מ"מ לא חשוב שלוחו כשולח יד שלא ברשות אחרי שעשה זאת ברשותו, וע"כ אפשר לומר שאין הכי נמי שבכה"ג לא חשוב קניה ואם ירצה בעל המעות להתחרט ולקח בחזרה המעות יהיה ביכולתו לחזור מהלואתו לפי שבטלה השליחות, אבל מ"מ כיון שהמעות לא נכנסו ברשות הישראל השליח, לכן מותר לוות ממנו בריבית ואין זה דומה לדין של מעות המופקדים ברשות ישראל, לפי ששם שולח יד שלא מדעת בעל המעות ונעשה גזלן עליהם, לכן חשוב כאלו הוא מלוה את שלו בריבית להלוה. — מ"מ מסיפא שפיר יש להביא ראיה שההלואה הבאה מידו של האפוטרופוס והסנטר חשוב כאלו לוה מבעל המעות, והוא דקתני בסיפא א"י שנתמנה לישראל לאפוטרופוס אסור ללות ממנו בריבית, והנה הריב"ש כתב בתשובה (סי' ש"ה) והובאו דבריו בד"מ וש"ך וט"ז (בסי' קס"ט), דזה הוה ריבית קצוצה והוכחת הריב"ש דאם היה ריבית דרבנן לא היה איסור זה על הלוה כמו שכתב הרא"ש בפ' איזהו נשך, ואלו הכא קתני אסור ללות ממנו בריבית משמע דעל הלוה נמי אסור וע"כ מוכח דזה הוי ריבית קצוצה אע"פ שאין שליחות לא"י, ואם נאמר כיון שאין חלה השליחות ממילא בטלה מעשה המשיכה וההלואה, למה יחשב זה ריבית קצוצה ואסור מן התורה הא לא חל עליו ההתחייבות בעת הלואתו על הריבית כי ההלואה בטלה, והוה כמו שהלוה שולח יד מעצמו על המעות של המלוה וא"כ כשיתן אח"כ ריבית הוה ריבית מאוחרת שאין קצוצה בשעת ההלואה שהרי כח הקציצה בטלה, אלא ודאי שכל שבעל המעות גילה לשלוחו לעשות באופן זה הגם שאין חל השליחות, מ"מ מעשה המשיכה לא בטלה והוה כאלו לוה לו למשוך המעות על אופן זה, וע"כ שפיר נחשבה ההלואה כמו שהלוה היה לוקח מישראל המעות בריבית, הגם שלקח אותם מיד האפוטרופוס וכו' הא"י כיון שעל אופן זה לקח המעות ומשך אותם לרשותו. — וכעין זה כתב המחנה אפרים (סי' ט"ו מהלכות שלוחין) במעשה הישראל שליח לא"י לקנות או לשכור עבורו קרקע במעותיו של המשלח שאף שאין שליחות להא"י, מ"מ קנה הא"י את הקרקע במעותיו לפי שזה חשוב כמעשה קוף בעלמא, ומדמי זאת למה שאמרו בגמ' במעילה השולח ביד חשו"ק עשו שליחותן בעה"ב מעל, דאמרינן שם בגמרא שזה דומה כאלו נתנו על הקוף והוליכו יעו"ש במחנה אפרים שהאריך בזה בתשובה הנ"ל, עכ"פ רואין אנו שכל שהועתק מעותיו של המשלח ליד אחר בפקודתו כפי מה שאמר חשוב כאלו הוא המשלח מסרן ליד האחר, וה"נ בחפץ הנמסר לשליח שיקנהו לאחר נאמר ג"כ כסברא זו שכל שהועתק ע"פ פקודתו ליד הקונה חשוב כאלו הוא מסרו לידו וקנה:

הן אמת שבנידון דידן יש קצת לחלק מהאי דינא של המחנה אפרים מפני ששם בירר המשלח למי שימסור המעות, לקנות הקרקע או לשכור לכן שפיר חשוב זה מעשה קוף בעלמא והוה כאלו הוא בעצמו עשה זאת, ולכן לא נדרש לנו שיהיה בזה דין שליחות המועיל ע"פ חוק דין שליחות, משא"כ היכא שלא בירר המשלח למי להקנות בפרט או ממי לקנות ונתן כח זה ליד השליח לכן נחשב זה מסוג שליחות וכל מקום שאין חלה השליחות בטל כל המעשה, אלא שמסיגנון לשון דברי המחנה אפרים בתשובתו הנ"ל לא משמע שירד לחלק בכך, ובלא"ה כבר הוכחנו מדברי הריב"ש שחשוב ההלואה שהלוה הא"י האפוטרופוס מעות ישראל בריבית לריבית קצוצה, שבכה"ג נחשב כאלו הישראל בעצמו עשה ההלואה ושם משמע ג"כ שלא נתייחד בפרט מאת בעל המעות למי להלוות, רק סתם מסר הכח ביד האפוטרופוס כנהוג סתם אפוטרופסין, כי אלו היה דין זה מחולק ע"פ אופן זה, היה לרבותינו הפוסקים להזכיר חילוק זה:

ודע שדין זה המובא בתוס' ושארי הראשונים דישראל מותר להיות אפוטרופוס על מעות הא"י ולהלוותם בריבית ולהיפך אם א"י יהיה אפוטרופוס על מעות ישראל יהיה זה ריבית קצוצה, אם כי בשו"ע הדין זה מוסכם בלי חולק (בסי' קס"ט סעי' כ"ג וסעי' כ"ד) יעו"ש, מ"מ ראיתי בשיטה מקובצת שם במס' ב"מ שמביא בשם תשובת שאלה לר"י בן מג"ש, וז"ל ראובן בקש משמעון שילוה את א"י אחד ק' בק"כ ונתן אותן שמעון לראובן וראובן הוליך אותם להא"י. תשובה. קיי"ל שאין שליחות לא"י וא"כ אפי' שראובן לא נכנס להיות ערב בממון זה היה זה אסור, מכיון שלא יעמידנו אלא הא"י וישא ויתן ביד דכיון דקיי"ל דאין שליחות לא"י, אשתכח דישראל קא מוזיף מיניה בריביתא, ומדמי זאת לסוגיא דב"מ (דף ע"א ע"ב) ישראל שלוה וכו' דאם לא נשא ונתן ביד אסור מצד שאין שליחות לא"י עיי"ש, ודבריו צ"ע לענ"ד שכיון שנתבאר מהאי דינא דירוש' שכל שהועתק בפקודת המשלח לרשות אחר לא אתינן בזה מסוג שליחות, וה"נ בנידון של הר"י בן מג"ש, הרי בפקודת הא"י בא לידו מעותיו של הישראל השני, ומעולם לא נכנסו המעות ברשות ראובן שיחשב שהוא הוה המלוה להא"י והלוה משמעון, ולפי דבריו צ"ל שגירסא אחרת היה לו בירושלמי כאשר מוכח בשמ"ק שגירסאות חלוקות יש בדברי הירושלמי. — ואולם נראה לענ"ד לדחוק ליישב דבריו של הר"י בן מג"ש שיש עוד לפקפק על דבריו למה לא יחשב ראובן שלוחו של שמעון להלוות להא"י, וישראל לישראל שפיר יכול להיות שליח, וע"כ נראה לענ"ד לומר בכוונת סברתו שודאי אם היה מוסר שמעון לראובן המעות שיהיה בתורת שלוחו על ההלואה להא"י ודאי דשרי, רק העובדא הנ"ל היה שראובן בא בתורת שלוחו של הא"י ואמר שבלקיחתו המעות מיד שמעון לידו נשתעבד הא"י בקרן וריבית, ולכן כל ששליחותו בטלה הרי המעות ברשות הישראל המקבל המעות בתורת פקדון ואינן בתורת שליחות מבעל המעות למסור לא"י הלוה שהרי לדעת שמעון כבר נחשבו נכנסים לרשות הא"י הלוה, ולכן כשמסרן אח"כ ראובן ליד הא"י הלוה הוה כאלו הוא מוסר מעצמו מעותיו של שמעון שהיה בידו והא"י משתעבד לו והוא ממילא

משתעבד

משתעבד לשמעון מצד שהוציא מעותיו שלא בשליחותו, זהו הנלענ"ד סברת דבריו של הר"י בן מג"ש, ומעתה שפיר יש לומר שדין אפוטרופוס או שנטר ישראל במעותיו של א"י דאיתא (בסי' קס"ע סעי' ק"ג, ק"ד) גם לדעת הר"י בן מג"ש יהיה מותר כיון שלכך נמסר שיהיה בידו ע"מ להלוות לאחרים וחשוב כאלו בעצמו הלוה להם וכמש"כ מקודם שהרי כאן לא נחית השליח שיהיה חשוב המעות כבואן ברשות השליח עבור הלוים כמובן, ומתחלה ברשות בעל המעות עומדים המעות, וכמו שהביא השיטה מקובצת בשם הרמב"ן ז"ל הכא במעות הנמסרים ליד האפוטרופוס או ביד הנפקד, וז"ל שם „אע"פ שאין שליחות לא"י מעות דא"י הם ולכך מותר" הרי מבואר מדברי הרמב"ן ג"כ כמש"כ מקודם שכל שנעשה עבור מעותיו הגם שאין השליחות חלה, מ"מ חל הדבר ונעשה הריבית שלו, וה"נ כל שבא החפץ ליד הקונה בשליחות של המקנה בעל החפץ הגם שאין חלה השליחות, מ"מ חל הדבר ונעשה של הקונה אותו. — והנה אף שיש לחלק הא דהלואה בריבית מזה כי יש לומר דבהלואה בריבית הגם שאין כאן שליחות, מ"מ כשבא המעות ליד הלואה והלוה רוצה להתחייב בריבית עבור ההלואה כיון שבין כך ובין כך הוציא המעות הרי זכות לו מה שהתחייב בריבית כיון שרצונו בכך, אבל בקניית חפץ יש לומר כל שלא חל השליחות שפיר יכול בעל החפץ לחזור מהקנין ולקח החפץ בחזרה שהרי הזכות אין ברור כי שמא טוב יותר להמוכר אם לא היה נקנה להקונה, ורק מחמת אמירתו אנו באים לקיים הדבר לכן שפיר יש לומר שכל שהשליחות בטלה הקנין ג"כ בטל. — אך באמת מ"מ אין סברא זו נכונה לחלק מהא דא"י המלוה מעותיו של ישראל בפקודתו שחשבינן זה לריבית קצוצה כל שמתחייב הלוה מיד הא"י מעותיו של ישראל, הגם שאין כאן זכות כי בודאי לא זכות הוא לו שעושה איסור דאורייתא של הלואה בריבית, ואפ"ה מועיל גילוי דעתו שמסר המעות בשביל זה ליד האפוטרופוס הא"י שיחשב זה הלואה של ריבית קצוצה, כש"כ בקניה ומכירה שדרך המסחר בכך וכל שגילה דעתו דניחא לו בזה ודאי שמחשבינן רצונו בכך וכאילו הוא מקנה לו. — ולדעת הפוסקים הסוברים היכא שהרשה אחד לשלוחו למכור בכך וכך שיוכל לעכב גם לעצמו בסך שלוה למכור והמקח קיים, עיין בש"ך (סי' קפ"ה ס"ק ג') ועיין במחנה אפרים (בהל' שלוחין סי' כ') שהאריך בזה והחזיק דעת הסוברים כך (וכבר כתבתי בענין זה בארוכה בתשובה אחרת) ויסוד סברתם שכל שגילה דעתו שרצונו למכור במקח זה חשבינן כאלו הוא בעצמו מקנה לזה, א"כ מלתא דמסתברא הוא שמועיל הקנאתו של הא"י שעמדה הפרה אצלו שמכר להאיש שמשך מאת הנפקד הפרה במחיר שקבל לו בעל הפרה, ולכן מכל הלין טעמי נראה ברור שאין ביכולת להוציא מהמוחזק הוא הקונה שקנה מהנפקד ברשותו גם אם אין שליחות לא"י מא"י. כל זה העליתי ביום ה' י"א מרחשון תרל"ט לפ"ק, פה סוויר:

ודברי המחנה אפרים (בהל' שלוחין סי' ע"ו) שהבאתי לעיל הואיל ואתא לידן אכתוב בזה אשר דבריו צ"ע לענ"ד, שכתב שם על הדבר שנסתפק בא"י ששלח לישראל שישכור לו בית מישראל, וזה לשונו אבל כד דייקינן נראה דלא צריך בזה שליחות וזכות, ואמינא לה מהא דאמר רבא בקידושין (פ"ק דף ז') הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני ואמר רבא וכן לענין ממונא, ובעבד כנעני קאמר רבא בפירקין (לקמן כ"ג) דכסף קבלת רבו גרמה לו ואפילו שלא מדעתו, הרי אנו רואין שכל שזה נותן הכסף למוכר כדי שיקנה לאחרים קנה אותם האחרים ולא משום שליחות וזכיה, וא"כ בנ"ד גם דאין שליחות וזכיה לא"י קנה כדאמרן עכ"ד. — ולענ"ד דבריו הק' נפלאו ממני דפתח בדבר אחר שאין סיום דבריו מתאימים עם זה, דהא משמעות דבריו שגוף המעות המה של הא"י המשלח וכן מוכח בסוף דבריו בתשובתו הנ"ל שכתב שם בד"ה וכל זה „שאע"פ שאין הישראל נעשה שליח הא"י, מעותיו של משלח קונות לו", וכיון שכן הוא מה ענין זה לדין עבד כנעני, דהא ודאי אם אחד יגביה מעות מהפקירא ואמר שעבור זה מקנה חפץ שלו לפלוני דלא מהני ולא מידי, ובעינן שאחד יתן מעות ובזה אנו אומרים שכמו שהמקבל יכול להקנות בהמעות לנותן המעות בעצמו כן יכול המקבל להקנות בזה לאחר ע"פ פקודת נותן המעות, וא"כ הכא בנ"ד שהמעות של הא"י המשלח ממ"נ אם אנו חושבים זה כמו שהמשלח בעצמו נתן המעות ליד המשכיר ומה שהגיעו לידו ע"י השליח הישראל חשבינן כמעשה קוף בעלמא, א"כ אין אנו צריכים בזה לדין עבד כנעני כלל, שהרי הוא כמו שהמשלח בעצמו נתן המעות, ואם נסתפק שמא מ"מ בעינן בזה שליחות ובלעדי זאת לא יקנו המעות להמשכיר א"כ אין כאן מקום מדין עבד כנעני, שהרי שם יש שנותן המעות הוא מקנה לבעל העבד והוא עבור זה מקנה העבד אבל הכא אין כאן נתינת מעות כלל:

אמנם כד מעיינינן בדברי המחנה אפרים אשכחינן טעמא שדבריו נכונים ומכוונים לעומק סברת הענין, והוא שבשני אופנים אפשר לומר בענין המוסר ממונו לשלוחו שילך וימסרם לאחר לקנות איזה דבר, א' מטעם שליחות שחשוב שלוחו וכאלו הוא בעצמו עושה הדבר הזה והממון שנמסר לשלוחו חשוב כאלו הם ברשות המשלח וכאילו הוא נותן אותם ליד מי שנשלח לתן לו, וכן יש לומר בא"י המוסר מעות לשלוחו ישראל לקנות עבורו אם שזה חשוב מעשה קוף בעלמא ודמי כאלו הוליכן הא"י המשלח בעצמו ומסרן ליד האיש שנדרש לקנות ממנו בהמעות האלו, ולזה לא היה צריך המחנה אפרים להביא מדין עבד כנעני. — אך יש אופן שני באם שנאמר שכל שניתן מיד אחר שלא מבעל המעות, וכל שאין חל בזה שליחות ע"פ דין תורה לא חשוב כאלו הוא המשלח נתנן ליד האיש שנצרך לקנות ממנו, מ"מ זאת הוא פשוט להמחנה אפרים מצד הסברא הישרה שאם הא"י ישלח ע"י שלוחו לאחר המעות הגם שאין כאן שליחות, מ"מ יכול להקנות המעות להמקבל ע"י שלוחו מפני שבמה שנותן המעות לשלוחו הרי הוא קונה המעות לענין זה שיעשה בהם הדבר שנמסר לידו המעות לצורך זה והוא כענין קני על מנת להקנות, ואך זאת יש לחקור אם יהיה יכולת ע"י זה לקנות הדבר שרצונו לקח בהמעות ועל זה שפיר בא המחנה אפרים לדון מדין עבד כנעני כמו שמצינו שם דאמרינן קבלת רבו גרמה גם שלא בתורת שליחות, והכי נמי יכול שלוחו של הא"י בנתינת המעות הנמצאים בידו להמשכיר להקנות בהם להא"י עבור זה הגם שאין לו דין שליח כמובן. — וע"כ בתר הכי כדשקיל וטרי המחנה אפרים היכא שמסר המעות להמשכיר ולא הגיד לו שעבור הא"י הוא נותן לו, ובזה א"א לבא מדין עבד כנעני וגם לא מדין שליח שהרי אין שליחות לא"י, וע"כ כתב בזה הסברא כמו שכתבנו באופן הראשון לפי שאנו דנין כאלו המעות המה של המשלח ודעתו להקנות לבעל המעות, וע"ז כתב המחנה אפרים מקור לדין זה מהא דאמרינן במעילה בשלח ביד חשו"ק שהיכא שלא שינה בשליחותו מעל המשלח מפני שהוא כמו שנתנו לקוף והוליכו ודייקינן כאלו הוא בעצמו עושה הדבר הזה, ודו"ק בזה היטב כי הוא נכון לענ"ד בביאור דברי המח"א:

עוד ראיתי בתשובה הנ"ל של המח"א שמביא דברי הטור בסי' ק"ל שכתב וכן אם אדם אחר אומר למוכר כסף השדה קח ממני ומכור שדך לפלוני ואותו פלוני עשהו לשליח אלא שהנותן נתן מעות משלו או אפילו לא עשהו שליח ואמר הוא למוכר שדך קנויה לי בכסף שנתן לך פלוני קנה, ותמה המחנה אפרים בשני דברים, חדא דאמאי בעינן שעשאו שליח אפי' כי לא עשהו לשליח נמי הרי זה קונה דזכין לאדם שלא בפניו, עוד דמדין עבד כנעני ילפינן לה וגבי עבד כנעני קיי"ל

קיי"ל בכסף ע"י אחרים אפי' שלא מדעתו של עבד וגשאר בצ"ע. ולענ"ד נראה ליישב דברי הטור, וראשונה איישב קושיא השניה שאין דומה לעבד בזה דבעבד באמת יכול לשחררו גם בלא דעתו כמו שמשחררו בע"כ, רק בשטר בעינן שיהיה אתא לידו או ליד שלוחו, ושלוחו א"א להיות בלתי דעתו ולכן בכסף כיון שבל עלם נתינת הכסף אין אנו לריכים שיהיה העבד נותן הכסף ולכן השיחרור שקונה העבד עלמו יכול להיות בלא דעתו, אבל בשדה וכדומה שגם עלם הקניה אין יכולים להקנות לו בע"כ אם אין רולה לקנות לכן בעינן דעת הקונה, והקושיא הראשונה שהקשה המח"א למה בעינן שיהיה שלוחו הא זכין לאדם, נראה לענ"ד דאין הכי נמי אם נותן המעות כוונתו להקנות להאחר בלא מעות ומה שנותן עבורו יהיה זה מתנה ודאי דיכול לזכות עבורו שלא בפניו, אך הטור מיירי בסתמא דמלתא שכוונת נותן המעות לקבל אח"כ מאת המוכר דהא סתמא המהנה את חברו יכול לתבוע ממנו כדאי' בסי' רמ"ו ולכן לא נחשב זה לזכות ובעינן דעתו ודו"ק:

סימן י

אייר תרל"ה

נשאלתי בדבר אחד שמכר בית שלו ונכתב בהשטר מכירה שכתב להקונה בזה"ל והמותר סך קכ"ה רו"כ זמן הפרעון לבתר חיי שלי המוכר ויסלק ליורשו של המוכר או למי שיצוה. והמוכר צוה לפני מותו לפני עדים שיתן לפלוני כך ולפלוני כך:

ונסתפקתי בזה אם יש לדון בזה דין מתנת שכ"מ ומלוה מחמת מיתה, משום שלא אמר החוב שלי שבעל הקונה שייך כך ממנו לפלוני וכך לפלוני רק אמר שיתנו כך לפלוני, והמעות שיוגבה אח"כ מהחוב איכא בעין שיחול עליהם מתנת שכ"מ והוה זה כמו שאמרו בגיטין (ס"ו ע"א) תמרא לא קאמר דמי תמרא לא קאמר, מתמרא קאמר, והקשו שם בתוס' ד"ה דמי תמרא הא אפילו אמר דמי תמרא הוה דבר שלא בא לעולם, ותירלו שם שני תירולים ע"ש ולתירוץ הא' נמי שכתבו כיון שהזכיר דמי תמרא הוה כאלו אמר תמרא לדמיו, מ"מ בנ"ד כיון שלא אמר חוב שלי יהיה מזה לפלוני כך שיתן מעות לפלוני רק אמר סתם שיתן לפלוני כך מעות ולע"ע אין המעות בעין שיקנה אותם מי שאמר השכ"מ שיותן לו במתנת שכ"מ, ובעת שישלם הקונה הבית עבור חובו שנאמר שיקנה המקבל מתנה בדין מתנת שכ"מ הוה דבר שלא בא לעולם, וזה ודאי אם היה אומר המעות שיוגבה מהחוב הזה יהיה לפלוני אז היה הדין תלוי בתירולים של התוס', שלפי התירוץ הא' של התוס' שכתב שכיון שאמר דמי תמרא הוה כאלו אמר תמרא לדמיו וה"נ כאן היה זה נחשב כאלו אמר שנותן חוב זה לדמיו, אבל בנידון זה לא אמר דמי החוב יהיה לפלוני רק אמר שיתן הבע"ח לפלוני וא"כ אין על מה שיחול המתנה. — ולכאורה יש לדון ולומר שכל שאומר שבע"ח שלו יסלק לפלוני כך וכך הוה כאלו נותן לו החוב מעכשיו ודווקא בדמי תמרא שכוונתו על הדמים שיהיה כשיומכר היין אותם הוא נותן ולכן הוה כדבר שלא בא לעולם לסברת קושית התוס' ולתירולם הב', משא"כ בנ"ד שאמר שבעל חובו ישלם לפלוני כך וכך, וא"כ אותם המעות מעולם לא נכנסו ברשות הנותן אנו דנין בזה כאלו אמר בפירוש שנותן החוב שיש לו מעכשיו לפלוני, מ"מ לדינא נראה לענ"ד לדחות חילוק זה דהא זה הוה כאומר פלוני ידור בבית זה או יאכל פלוני פירות דקל זה דאמרינן בגמ' ב"ב (דף קמ"ז ע"ב) שלא אמר כלום כל זמן שלא אמר תנו דקל לפלוני ויאכל פירותיו, וה"נ בנ"ד להא דמי שכל זמן שלא אמר שעלמות החוב יהיה לפלוני רק שאמר שישלם לו, היאך יחול עליו חיוב תשלומין אחרי שלא קנה גוף החוב, אמנם יש עוד לדון בדבר זה דבאמת יש לדקדק לתירוץ הראשון של התוס' בגיטין הנז' לעיל שתירלו שכל שאומר דמי תמרא הוה כאלו אמר תמרא לדמיו נתונים לו, מאי שנא מהא דאומר יאכל פלוני פירות דקל זה אף שהזכיר הדקל בדבריו מ"מ לא אמרינן בזה שיהיה חשוב כאלו אמר שנותן לו הדקל לפירותיו. — ולכאורה יש לחלק דשם באומר יאכל פלוני פירות דקל זה, אין בלשונו נתינה כלל רק שנותן לו זכות אכילה, לכן לא נוכל לומר שכיון שאמר פירות דקל יתחשב כמו דקל לפירותיו דלשון אכילה אין מונח רק על הפירות ולכן לא נוכל לומר בזה שהוא כמו דקל לפירותיו שבל עלם הדקל לריך להיות מונח ע"ז שם נתינה, וכן בידור פלוני בבית זה לא הוזכר ע"ז שם נתינה רק ידור ולכן לא נוכל לומר שיחשב כאומר בית לדירה כיון שלא הוזכר לשון נתינה רק ידור, אבל כאן בתמרא שאומר הבו לו דמי תמרא כיון שאמר לשון נתינה והזכיר תמרא אמרינן שזה כאלו אמר תמרא לדמיו, אך מ"מ אין זה במשמע דא"כ לפ"ז אם היה אומר פירות דקל זה לפלוני היה מועיל דהוה זה כדמי תמרא לתירוץ הא' של התוס' בגיטין הנ"ל שבאומר דמי תמרא הוה זה כאלו אמר תמרא לדמיו, א"כ למה מסיים שם הגמ' בב"ב עד שיאמר תנו דקל לפלוני ויאכל פירותיו משמע שדווקא באופן זה הוה לשון המועיל, אבל כשאומר תנו פירות דקל לו ויאכלם לא הוה לשון המועיל, ועוד שמלינו סתמא דגמ' בכמה דוכתי דמקנה פירות דקל הוה דבר שלא בא לעולם כל זמן שלא אמר דקל לפירותיו, (עיין ב"מ ל"ג ע"ב וגיטין מ"ב ע"ב) וא"כ מוכח שבלשון פירות דקל לא אמרינן דהוה כדקל לפירותיו וא"כ יש לעיין לתירוץ הא' של התוס' בגיטין ס"ו בדמי תמרא שסתמא אמרינן דהוה כאלו אמר תמרא לדמיו (ודוחק לחלק שזה הדבר אמרינן רק גבי שכ"מ או יולא בקולר):

והנראה לענ"ד לחלק לפי תירוץ הא' של התוס' בגיטין הנ"ל בין פירות דקל לדמי תמרא, דבפירות דקל כיון שגוף הדקל לא מכר ולא נתן לו ונשאר הוא להמוכר או להנותן או ליורשיו, לכן לא אמרינן בזה מסתמא דמלתא דהוה כדקל לפירותיו עד שיאמר בפירוש כן, מה שאין כן בדמי תמרא שלפי מטרת כוונת הנותן שנותן לו הדמי תמרא, הוה נתינה בהחלט שלא ישאר זכות להנותן ויורשיו בהתמרא של סך הנתינה שדמיו נתונים להמקבל מתנה, ולכן אמרינן בזה הוה כאלו נתן כל התמרא לדמיו. — ומעתה יש מקום לחלק ולומר גם בענין נ"ד כיון שכל החוב יהיה שייך לפלוני המקבל המתנה כאשר נאמר שהבע"ח ישלם לו כפי מטרת כוונת הנותן, וא"כ כל שאומר שיתן הבע"ח לפלוני כך וכך נחשב זה כאלו אומר שעלם החוב שייך לפלוני לכך, אחרי שלא נשאר בזה זכות לעלמו וליורשיו. — מ"מ אין לנו להחליט חילוק זה לומר שסתמא יהיה נחשב כאלו אומר חוב זה לפלוני ושפיר יש לומר שכל שלא הזכיר שנותן לו החוב גופו, רק שאומר שיתנו לו הפרעון שהבע"ח ישלם יהיה לו, ומעות הפרעון המה דבר שלא בא לעולם, וכמ"כ לשיטת התוס' בתירולם השני שאפילו אמר דמי תמרא כל שלא נמלא לו אז בעת אמירתו דמי תמרא מוכנים אין מועיל זה, מפני שהוה דבר שלא בא לעולם:

ולכאורה יש לדקדק מלשון הרשב"ם בב"ב (קמ"ח ע"א) גבי הא דאמר הגמ' התם שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואתי לפלוני וכתב שם הרשב"ם על הלואתי לפלוני ממון שחייב לי פלוני במלוה ע"פ אני נותן לפלוני ויפרעם לו הלוה במקומי נתקיימו הדברים עכ"ל, והנה ממה שהולרך הרשב"ם להוסיף אני נותן לפלוני ויפרעם לו, ולא כתב סתמא

שתמא ממון שחייב לי פלוני יפרעם הלוה לפלוני במקומי, משמע מזה שדעתו של הרשב"ש שזאת הוא הכרח לומר אני נותן לפלוני עלם החוב ולא סגי בלשון ויפרעם לחוד. — מ"ם לדינא נראה לענ"ד שפיר יש לדון גם בכ"ד דין מתנת שכ"מ אף שלא אמר מפורש שנותן עלם החוב לפלוני רק שאמר שיפרעם לחוד, שהרי הא דמהני בשכ"מ שנותן הלואתו לפלוני אמרינן בגמ' (שם קמ"ה ע"א) תרי טעמי, א') הואיל ויורש יורשה. ב') הואיל ואיתא בבריא במעמד שלשתן, מעתה נראה לענ"ד לומר שלפי הטעם משום הואיל ויורש יורשה לריך לומר דווקא בלשון זה שנותן עלם החוב לפלוני דהא יורש כמי יורש עלם החוב וחיוב הפרעון לו ממילא קאתי, ולכן לא סגי בלשון ויפרעם לפלוני לחוד, אמנם להך לישנא דאמרינן הואיל ואיתא במעמד שלשתן, ובמעמד שלשתן לא מלינו בגמ' שילטרך לומר להלוה במעמד שלשתן שעלמות החוב הוא נותן לפלוני המקבל שיהיה שייך לו גוף החוב רק כל שאומר הנותן להבע"ח תנהו לפלוני סגי, וקנה ממילא החוב ע"פ תקנת חז"ל ע"י מעמד שלשתן, וא"כ ה"נ במתנת שכ"מ כל כה"ג קנה המקבל מתנה במתנת שכ"מ, שהרי כל דאיתא בבריא ע"י קנין מועיל בשכ"מ בדיבור בעלמא, וכיון דבבריא במעמד שלשתן קונה באומר הנותן להלוה בלשון תנהו לפלוני או פרע לפלוני ה"נ בשכ"מ כה"ג מהני:

ומעתה אתי שפיר דברי רשב"ש שהוסיף דברים בלשונו הטהור ממון שחייב לי פלוני אני נותן לפלוני ויפרעם כו' ולא סגי בויפרעם לחוד, זה כתב רשב"ש ללישנא קמא דרב פפא שהטעם דמהני הואיל ויורש יורשה, ולכן בעינן שלשון כתיבתו יהיה דווקא באומר שנותן עלמות החוב לפלוני, משא"כ ללישנא בתרא דרב אחא בריה דרב איקא דמטעם הואיל ואיתא בבריא במעמד שלשתן הוא, אין לריך להזכיר את הנתינה על עלם ההלואה, רק סגי באומר שיסלק החוב לפלוני. — ולדינא הרא"ש בפסקיו הביא רק הטעם השני הואיל ואיתא בבריא במעמד שלשתן, וכן הוא משמעות לשון הרמב"ם (בפ"י מהל' זכיה ומתנה), שכתב שם שכ"מ שאמר הלואה או פקדון שיש לי ביד פלוני תנו אותו לפלוני דבריו קיימין וא"ל למעמד שלשתן, ומדהזכיר כאן מעמד שלשתן יראה שזה מרמז לפי שאיתא בבריא במעמד שלשתן וכאן בשכ"מ אין לריך למעמד שלשתן, ובאמת לשון זה שברמב"ם איתא ברי"ף שמביא הא דאמר רבא אמר רב נחמן שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני והוסיף בזה ואין לריך למעמד שלשתן, ויראה לענ"ד שזה כוונת הרי"ף שלא הביא הגמ' הא דפליגי בטעמא דמלתא אם משום שיורש יורשה או משום מעמד שלשתן, רק מה שהוסיף ואין לריך מעמד שלשתן שזה אין נאמר בגמ' מרמז זה שהטעם הוא שיש בבריא קנין מעמד שלשתן וכאן אין לריך ולכן הרא"ש שכתב הואיל ואיתא בבריא במעמד שלשתן שפסק בטעם זה לחוד משום שסמך על דברי רי"ף שדרכו להעתיק דבריו, וע"כ כיון שלדינא קיי"ל כהאי טעמא מהני בשכ"מ תנו לו חוב זה או מחוב זה כך וכך כן נראה לענ"ד:

והיכא שאמר מפורש תנו לו דמי חמרא, או מדמי חמרא סך זה, ודמי חמרא לא היו לו רק חמרא או כדומה שארי דברים בכה"ג יש לדון בזה איך הוא לדינא, אם כתירוץ הא' של התוס' שזה הוה כאלו אמר חמרא לדמיו, או כתירוץ השני של התוס' שדווקא כשהיה לו דמי חמרא ג"כ, אבל כשאין לו דמי חמרא אמירתו בטלה משום דהוה דבר שלא בא לעולם, ובשו"ע חו"מ הוזכר (בסי' רנ"ג סעי' י"ג) שאיתא שם וכן אם אמר תנו לו מדמי ייני מאתים זוז ונמכר ונאבדו קלת מהמעות ההפסד לפי חשבון, וא"כ משמע מזה שלא היה כאן דמי היין, והלואה קיימת רק שההפסד הוא לפי חשבון, נראה שהכריעו כתירוץ הראשון של התוס' בפשיטות שדמי חמרא הוה כאלו אמר חמרא לדמיו, ולריך לחלק זה מהא דיאכל פירות דקל זה או ידור פלוני כמש"כ לעיל משום דכאן אין בזה שיור לעלמו ודו"ק, ועיין במרדכי בפרק האומר שהביא שני התירוצים של התוס' ול"ע שבטור ובי"י לא הזכירו לתירוץ השני של התוס', ואולי דעתם שלפי המסקנא דאמרינן מחמרא לייפות את כחו, ה"נ לענין זה אמרינן גם באומר דמי חמרא מייפין כחו ומפרשים שזה כאומר יין לדמיו ול"ע:

סימן יא

נסתפקתי בדין שומרים בדבר שאין מתחייב עליהם מדין תורה בחיובי שמירה, כגון קרקעות ושטרות וכדומה, אם הקדים שכרו לשומר שכר והתנה עמו שיתחייב באחריות ע"ז. אם מתחייב בקבלת האחריות בלי קנין:

הנה בב"מ (נ"ח ע"א) איתא דקנו מידו מועיל וכן הובא דין זה בחו"מ (סי' ס"ו סעי' מ') גבי שטרות (ובסי' נ"ה ובסי' ש"א סעי' ד') דקנו מידו מועיל, ויש לעיין אם הקדים לו מעות עבור השמירה והתחייב ג"כ באחריות בעת שדברו עמו אם מועיל הקבלת אחריות. והנה מלינו מחלוקת (בסי' רנ"א סעי' ה') אם מתחייב באחריות בלא משיכה כשסילקו הבעלים משמירתו והשומר קבל עליו לשמור, וכן (בסי' ש"ג סעי' א'). גבי שומר שכר, סתם המחבר בזה דבעי משיכה דווקא ויעויין שם בסמ"ע ס"ק א', ובזה כתב הנתיבות מפורש (בסי' רנ"א ס"ק י"ב) שבהקדים לו שכרו מהני גם בלא קנין משיכה דזה הוי כקנין יעו"ש, וא"כ יש לומר שאפשר שה"ה לענין התחייבות באחריות יועיל קנין הכסף שהקדים לו שכרו כקנין סודר. — ונראה לענ"ד שדין זה יהיה תלוי במחלוקת, שלדעת הר"ן בכתובות בר"פ הנושא שגם אתם עדיי, וכתיבת שטר מהני כמו קנין כסף יש לומר שגם קנין כסף מהני לענין זה שמתחייב בדבורו על אחריות, אבל לדעת הש"ך (בסי' ש"א ס"ק ז') שהביא לדברי הר"ן אלו וחלק עליו דלא מהני אתם עדיי משום דהוה כאסמכתא, וכן משמע מדבריו שה"ה שטר ג"כ אין מהני רק קנין כי כן נאמר בלשון הש"ך שם, וא"כ נראה לומר שה"ה הקדמת מעות לא מהני דחשוב זה כעין אסמכתא, ורק קנין מועיל להסיר אסמכתא כזו. — ועיין בספר שער משפט (סי' ס"ו ס"ק ל"ה) שדקדק בטעמא דמלתא דשומר שכר שנוטל שכר על שמירתו למה לא יתחייב במשיכת דבר הנשמר בההיא הנאה שמקבל שכר שמירה שיהיה על אופן זה שיתחייב לשלם עבור הפסד, ומביא לדוגמא מה שמבואר בתשו' הרא"ש כלל א' הובא בטור ובמחבר סוף (סי' שע"ו) דראובן ששכר נער משמעון [כהגהת הקלה"ת בסי' הנ"ל] שמתחייב שמעון בהבטחתו בעת השכירות להנער שישלם כל הפסדו שיפסיד לו הנער מטעם שבכל תנאי בשכירות אין לריך קנין, וה"נ נימא בנידון דכל השומרים במקום שאין מתחייבים מדין שמירה, מ"מ במתנה בעת משיכת השומר שכר שיקבל שכר ויתחייב באחריות שיועיל זה, ומזה מסיק השער משפט הטעם כיון שהתורה פטרתו מדין שמירה אע"פ שסתמא דמלתא משתעבדים עלמן לכך, ה"ה כמי בכל התחייבות אין מועיל לבד קנו מידו, א"כ ממילא מוכח לפי דבריו שגם תשלום כסף אין מועיל לחייבו בזה רק קנו מידו. — ומ"מ עיקר קושית השער משפט לענ"ד לא קשיא כל כך, דיש לומר דהתם כיון שבלא"ה הנער מתחייב ולכן ממילא הוא מתחייב מלד ערבות וקמ"ל שערבות כזה אין לריך קנין, ובאמת יש לעיין על לשון תשובת הרא"ש שכתב שבכל תנאי שכירות אין לריך קנין מה שייך זה להתחייבות

על

על שמעון, אך לפי מה שהגיה הקצה"ח שם לאובן שסכר נער משמעון, יש לומר דמיירי שהנער היה משועבד לשמעון על משך זמן כדרך הפועלים המשועבדים לבעליהם והוא השכירו ע"ח שלו לראובן, ולכן כיון שראובן שכרו משמעון ושמעון הוא המשכיר ע"כ הוא מתנאי השכירות שעל אופן זה התחייב לשמעון לשלם דמי השכירות עבור הנער באופן שישלם הפסדו, ולכן חל הערבות שפיר עבור הנער, אך מ"מ עכ"פ התחייבותו הוא עבור דבר שהנער מחויב ע"פ שורת הדין, או אפשר לומר שהתם היה להנער מעות ביד שמעון המשכירו וכמבואר בלשון של השאלה שבתשובת הרא"ש הנ"ל, (ובשו"ע השמיטו זה) ויש לומר שכך היה התנאי בשכירות שהמעות יהיו מונחים לשיעבוד על נזקי הנער שיזיק לראובן ולכן נחשב זה מתנאי השכירות, אבל לענין שיתחייב בחיוב תשלום אחריות במקום שאין ע"ז חיוב מן התורה יש לומר שההנאות הבאים בעת מעשה ההתחייבות ליד המתחייב בפרט על זה שפיר יכול להתחייב עבור זה, אבל ההנאות מה שהוא קונה התחייבות תשלום שכר עבור השמירה כיון שאין זה בעין רק שיעבוד לכן לא מהני להתחייב עבור זה שהרי אין זה כסף. ונביא לדוגמא שהנאת מחילת מלוה חשוב זה ככסף ומלוה גופא אין נחשב לכסף וה"נ ההתחייבות עבור השכירות לא נחשב זה נתינת מעות, שיחול עבור זה התחייבות בדבר שאין מחויב מן הדין:

ואין להקשות ע"ז מהא דאיתא בגמ' ב"מ (פ' ע"ב), בההיא הנאה דשביק כו"ע ואגר ליה לדידיה הגם שעיקר הנאה זו שהמציא לו חיוב תשלום שכירות ולא הנאה הבאה לו עכשיו, ואף שבמסקנא לא סבירא לן הכי, יש לומר שזהו משום דהגמ' סבר במסקנא דזה לא נחשב להודא לבד השכר מלאכה וכמו דלא חשיב לר"מ תשלום שכר המלאכה לתשלום שמירה, הגם שיש לו הנאה מן החפץ שעושה בו מלאכתו ויש לו ריוח בו, ומ"מ סובר ר"מ שזה אין נחשב שכר שמירה דבעינן שכר על שמירה גופא, ומ"מ רואין אנו מן הס"ד דגמ' שמיחשב הנאה ענין שיש לו התחייבות שכירות, מ"מ אין זה סתירה לנ"ד מש"כ שזה אין נחשב לקבלת המעות שיקנה עבור זה להתחייב בו בדבר שאין מחויב מן הדין, בשלמא התם לענין שיחשב שומר שכר שפיר מהני גם מה שיבוא לו אח"כ כמו כל שומרי שכר שגם בלא הקדים לו שכרו רק שפוסק עמו שיהיה לו שכר מתהוה עבור זה שומר שכר, שכן חייבתו התורה, משא"כ במקום שהפקיעה התורה ממנו דין שומר שכר, רק שנדון מצד התחייבותו, בזה בעינן שיהיה נותן דבר בעין בעת מעשה ההתחייבות שעבור זה יחול ההתחייבות. — ומ"מ לדינא שפיר מסתברא כדעת השער משפט שכיון שהפקיעה התורה קבלת השמירה עבור שכרו ממילא אין חל עליו התחייבות ע"י שום הנאה רק בקנין, ועיין עוד בשער משפט (סי' שמ"ו) שכתב גבי שאלה בבעלים שאפילו התנה מפורש שיתחייב באחריות מ"מ פטור, הגם שיש כאן הנאת שאלה שמושך הכלי על זמן שאילתו:

עוד נראה לענ"ד להוכיח מלשון הריטב"א בחידושיו למס' (ב"מ נ"ח א') שדקדק ההא דאיתא שם דבעינן קנו מידו במקום שאין בו דין שומרים מ"ש מהא דמתנה שומר חנם להיות כשואל משום דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, ותירץ הריטב"א משום שזו הסברא דבההיא הנאה אין מועיל רק להתחייב חיוב השייך על אותו הממון אם היה בא עליו בשאלה, מה שאין כן במקום שאין שייך שום חיוב שמירה על אותו הממון לכך בעינן קנין, ומוכח מדברי הריטב"א ששום הנאה אין מועיל לחייבו במקום שאין שם חיוב שמירה מן התורה כלל. — ובסברת טעם הדבר בזה שלא יהיו דברים אלו חוק בלא טעם, נראה לענ"ד לומר שענין של בההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה אין מועיל רק לתן עליו חיוב גמור כעת, משא"כ חיוב שאם יתהוה דבר אח"כ יתחייב, אין מועיל בזה להתחייב מטעם בההיא הנאה דדמי כעין אסמכתא, ורק קנין דאלימא מלתיה דידיה, מועיל גם בזה, ולכן במקום שיש בזה עליו דיני שמירה על אותו הממון מהני חיובו מטעם בההיא הנאה שע"י זה נעשה עליו עתה שואל, וממילא מתחייב כאשר יבוא הנזק מדין שואל, משא"כ במקום שאין שם חיובי שמירה כלל וא"כ לא נוכל לומר שנעשה שומר או שואל כיון שאין יכולים לחייבו מחמת שומר או שואל שהרי פטר בו את הכל, ורק אנו באים לדון על עצם החיוב שיתחייב לשלם כשיזדמן אח"כ ההפסד, ולזה בעינן קנין דווקא ולולא הקנין הוה זה כעין אסמכתא. — וכן נראה לענ"ד להוכיח כן משיטת רש"י בהא דאיתא בגמ' ב"מ (ע"ג ע"ב) מאן דיהיב זוזי למזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה משלם ליה כדקאזיל אפרוותא דזולשפיט, ורב אשי אמר אסמכתא היא כו' ופירש"י שם אפילו הבטיחו ואמר אם אינו קונה עבורו אפרע משלי אין זו אלא אסמכתא הואיל ולא קנו מידו, עכ"ל רש"י, ואם נאמר שבמקום שנותן דמים ומתחייב עבור זה חלה ההתחייבות כמו בקנין, זאת אמת שבהזוזי שנותן לו על היין לא יקשה מדוע לא חל ע"י זה התחייבות כמו קנין משום שזה אין נחשב נתינת דמים לו משום שזה היה עבור המשלח לקנות בהם עבורו יין ולא יצאו מחזקת הנותן. אך זה יקשה לנו אהא דפריך הגמ' מ"ש מהא דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, מאי קשיא הא שם יש נתינת דמים שנותן לו השדה על שכירותו על המשך זמן שקלב עמו, ושכירות ליומא ממכר הוא וזכה בהשדה על אופן שאם לא יעבוד ישלם במיטבא, דודאי מיירי במקום שנגמר הדבר בקנין חזקה שהחזיק בהשדה שאז חלה התחייבותו על התנאים שמדוברים ביניהם שבזה נכלל הא דאם אוביר כו', וא"כ יש כאן קנין מעות היא קבלת הקרקע לשכירות, משא"כ כאן בהא דיהיב זוזי למזבן חמרא אין כאן נתינת כסף, אלא ודאי שבחיוב כזה שהוא התחייבות בלאו, אין מועיל רק קנין ולא כסף, והכי נמי במתנה להתחייב במקום שאין עליו חיוב שמירה רק במתנה להיות כשואל וכש"ש, משום שמתהוה עתה שומר שכר או שואל עבור הנאה שמקבל, וחיוב הממון ממילא יבוא אח"כ ודו"ק. — וכתבתי כל זה יען שראיתי בספר מחנה אפרים בהל' שומרים (סי' א') בסוף הסימן ד"ה כללא שדקדק לדעת המפרשים הסוברים שאין מחויב באיסור בל ימצא בחמץ הנפקד מא"י, רק בקבלת אחריות של גניבה ואבידה והיכא משכחת שיהיה הישראל חייב בגניבה ואבידה על חמץ הנפקד מא"י כיון שנתמעטו מדין חיובי שמירה, אם לא שנאמר דמיירי שהקדים לו שכרו, שנטילת ממון עביד קנין על מה שהתנה להתחייב בזה כפי מה שהתנה וכמש"כ הריטב"א, ע"כ דבריו. ובאמת על עיקר קושיתו הקדימו לתרץ בזה בספר חק יעקב (בהל' פסח סי' ת"מ) שמטעם שעם בדיניהם הוא מתחייב בשמירה לכן מהני קבלתו באחריות, ומש"כ בשם הריטב"א והוא ממש"כ הריטב"א ולא קבל עליו אחריות בפירוש והוכיח מזה שקבל בפירוש מועיל ומפרש דבריו בהקדים לו שכרו, יש לומר שבין כך ובין כך חסר ביאור בדברי הריטב"א, ויש לפרש מה שאמר שלא קבל עליו אחריות היינו באופן שמועיל הקבלה היינו ע"י קנין, ודו"ק כי כבר הוכחנו עליל מדברי הריטב"א שלא כדעת המח"א בזה כן נראה לענ"ד:

וע"פ מש"כ שאין להתחייב באחריות במקום שאין בו דין שמירה כלל, אפי' בהתנה בפירוש כי אם בקנין, יש לעיין בדברי האגודה המובא בב"י בח"מ סי' ר"ז וז"ל מעשה באחד ששלח אחר חברו כתב לבוא אליו וקבל לפלותו מכל הפסדו ונתפס בדרך ופטרוהו למשלח אחריו כי לא היה מכוכן ואונסא דלא שכיח הוא עכ"ל, ויש לעיין בדבריו שמלשון וקבל עליו משמע שלא היה קנין בדבר רק בקבלה לחוד באין עליו לחייבו, רק פטרוהו משום דהוה אונסא דלא

שכיח

שכיח, ואין לומר שס"ל להאגודה כדברי הר"מ המובא במרדכי פרק השוכר את הפועלים שההלך עבורו בחנם נעשה שואל על גופו, וכמובא ברמ"א (סי' קע"ו סעי' מ"ח) דאם היו מחייבין מתורת שואל א"כ גם בהונסא דלא שכיח יתחייב דהא בשואל לא חילקה התורה בין הונסא דשכיח להונסא דלא שכיח ורק במתה מחמת מלאכה פטרה התורה. — ובאמת בעיקר דינו של הר"מ הנ"ל שמחויב מתורת שואל על גופו להנך דסברי שאדם חשוב כקרקע אפילו בן חורין וכהכרעת הש"ך (בסי' נ"ה ס"ק י"א) כשיטת רש"י בקידושין (דף ז' ע"א) ושיטת הראב"ד המובא שם א"כ אין לחייבו מטעם שואל על גופו, וא"כ נאמר שהר"מ שבמרדכי הנ"ל יסבור כשיטת התוס' בקידושין ועוד מהראשונים דס"ל שבן חורין לא הוקש כקרקע רק עבד:

אמנם עוד יש להעיר בדברי המהר"מ מרוטנבורג הנ"ל שבמרדכי פ' הפועלים הנ"ל שמעיקרא כתב מתרי טעמי, א') מהא שאב מחויב לפדות בנו כדאמר הגמ' בקידושין כופין לבני משפחה שכאן אין שייך הטעם דאזיל ומזבין נפשיה כיון שנתפס בע"כ, ב') כתב דהוה שואל על גופו, ואח"כ כתב שאם אית ליה לבן נ"ע, והנה כבר עמד ע"ז החתם סופר (סי' נ"ב בחלק חו"מ) שמתחלה כתב מלד הדין ששואל הוא על גופו וזה לא גרע מבהמתו ומחויב לפדותו בכדי דמיו (אבל יתר על כדי דמיו אין לכופו משום שאין' פודין השבוין כו') ואח"כ כתב שאם אית ליה לבן נ"ע, וכי פטרה הוא כיון שע"פ הדין מחויב הוא לו הלא גם אם יש לו למה לא יפדה אותו, ועיין שם בח"ס הנ"ל שכתב הטעם שבדאית ליה כל העלילה הוא מתחלה רק על הממון ועל אונס ממונו לא נתחייב מטעם שואל, ולענ"ד נראה לומר כעין דבריו ובאופן אחר קצת ויתבאר זה היטב. הנה ידוע שכל אשר יש לו יתן האדם בעד נפשו וא"כ מתחלה כשנשבה ואפשר לפדותו זה דמי לזורק חץ וסמגין בידו שנחשב שהוא לא הרגו בהחץ שזרק עליו כיון שבידו להתרפא בעת מעשה ולזה הוא עומד, ולכן פטור בעבד סמוך לו כיון שבידו לברוח, וכן בהניח גחלת על לב עבדו, וה"נ בשיש לו להבן מעות משלו כיון שבודאי לא יעמוד עצמו מלפדות עצמו בממון שלו, ומעיקרא נחשב כפדוי והאונס הוא מתחלה רק על הממון, וחשוב זה מתחלה רק ניזוק בממונו בגרם השליחות וא"א למיתי עלה מדין שואל שאין שייך זה לגופו שנשאל לו, משא"כ במקום שאין לו לבן דלאו בירור הוא שאחרים יפדוהו ובפרט במקום שמלד מלות הלדקה ג"כ האב קודם, וא"כ מתחלה האונס על גופו בא לולא שהאב יפדה אותו וממילא מחויב הוא על פי הדין, כי אם לא יפדה אותו האב ממילא ישאר מוחלט בשביה. — ומעתה אתי שפיר מה שרבינו מאיר פתח בתחלה בחיוב לדקה שמוטל על האב, ואח"כ סיים מלד שהוא שואל על גופו, ולכאורה להיפך היה להר"מ לסדר דבריו בתחלה בחיוב מלד הדין מדין שואל, ואח"כ היה לו להוסיף שגם לולא הדין יש לחייבו מלות לדקה ולזאת נראה לענ"ד שאפשר לומר שגם בזה הר"מ מסופק אולי כיון שבני ישראל מחוייבים לפדות השבוים א"כ מתחלה האונס נחשב רק על הממון וממילא אין מחויב המשלח לפדות, וע"ז כתב הר"מ שכאן אין חיוב מלד הלדקה על הליבור רק על האב וממילא הדר דינא שמחויב הוא מלד הדין מדין שואל, ובאית ליה להבן נכסים בזה מסופק ג"כ הר"מ אם נחשב האונס בגופו ובממון מתקן זה, או שמתחלה נחשב האונס רק על הממון וכמש"כ. — ועכ"פ מוכח מדברי הר"מ שבמקום שהאונס הוא על הממון אין לחייבו, וא"כ נ"ע על האגודה שחייב לשלם מלד תנאו, במה התחייב בתנאו לבד בלא קנין:

ונראה לענ"ד לומר בטעם דינו של האגודה שזה ודאי סובר כיון שיש לו ממון לפדות עצמו בודאי נחשב זה אונס בממון, ואפשר שגם באין לו, באחר שלא בבן גם אין לו כיון שהליבור מחויבים לפדותו מספיקא אין לחייבו מטעם שואל כפי מש"כ בדעת הר"מ רק האגודה מתורת תנאי אתי עלה, ולכן בהונסא דלא שכיח פוטר רק הכא מועיל תנאו, משום כיון שעשה עמו בחנם ועל ידו עשה מעשה בדין הוא אשר יתחייב בדיבור על כל מה שיגרום לו ע"י נסיעתו, ויש לדמות לדין זה דאיתא בחו"מ (בסי' קכ"ט סעי' ז') שכל הערב ביד ישראל חברו לא"י אלם שמחויב הישראל חברו להערב אפילו אם העליל הא"י על הערב מלד הערבות, וכתבו שם הטעם משום דא"י אלם דרכו להעליל ומתחלה נכנסו ג"כ על דבר זה שלא יהיה לו היזק מזה, וא"כ חזינן כל שעשה אחד לטובת חברו יכול חברו להתחייב בדבורו על כל מה שיהיה לו הפסד בסיבת דבר זה, ובערב סתמא הוה כאלו התנה שיפלה לו שלא יהיה נזק מלדו ומשום שהנזק שכיח הוא שיבא כאשר דרכו להעליל, ולכן בנידון זה שבקש שחברו יבוא אללו וקבל עליו הפסדו מתחייב בכך בדבורו עבור הנאתו שליית לו, משום שכיון שמלד היושר והלדק ראוי להיות כן, ואין זה דומה לאסמכתא כלל כי כבר כתבנו שאין מועיל התחייבות בדבורו וגם לא עבור הנאה במקום שאין מחויב בשמירה משום שדמי זה קלת לאסמכתא, אך כל שראוי להיות כן אין בזה משום אסמכתא זהו הנראה לענ"ד לומר בדין זה של האגודה:

עוד יש לי לבאר בדינו של רבינו מאיר שכתב שחייב לפדותו עד כדי דמיו, אבל יותר מכדי דמיו אין מחויב לפדותו שאין פודין את השבוין יתר על כדי דמיהן ע"כ, ולכאורה יש לעיין הא תינח אם פדיון האב את בנו יהיה מתורת לדקה אתי שפיר דינו וכדאיתא בגיטין (מ"ה ע"א), אבל אם ההתחייבות הוא מדין שואל וא"כ שלו הוא ומשלו יכול לפדות גם ביתר על כדי דמיהם, ונראה לענ"ד ששני גדרים יש בנזקי אדם, עלם הדבר שהוא נזק שמין אותו כעבד, שבת רפוי ושבת וזה יעלה כמה פעמים יתר מכדי שוויו של העבד רק כל שאפשר לרפאותו מחויב לרפאותו, והנה בנזקי שומרים שבאים שלא ע"י מעשיו של גופו לא מלינו חיוב רק על הקרן כפי שיוויו, וכמו שואל על בהמתו וכדומה שגם אין משלם רק קרן כפי השיווי ולא יותר, וא"כ השואל את האדם לפי סברת ר"מ הנ"ל אין לשלם רק החיוב של כדי דמיו שהוא שוה למוכרו לעבד, וזה מחויב לפדותו כמו שומר שיכול לקדם ברועים ומקלות שמחויב להלילו, ואם א"א לפדותו ישלם ג"כ שוויו של האיש שנתפס שהוא שיווי של עבד שבזה הזיקו שהוא נחשב עתה עבד של השבאים, אבל יתר על כדי דמיו אין בזה חיוב מלד השאלה שאין זה קרן, ואם שבשבת וריפוי מלינו גם על יתר מן כדי דמיו, התם בנזקי חבלה שהתורה חייבתו בחמשה דברים, משא"כ במקום שאין עליו רק מתורת שואל אין לחייבו רק קרן ולא יותר, כן נראה לענ"ד:

עוד נראה לענ"ד בדינו של הר"מ המובא ברמ"א (סי' קע"ו) אחרי שבארנו שאין לחייבו מתורת שואל בסתמא בלא התנה בפירוש רק בנזקי גופו ולא בנזקי ממונו, ולכן מסתברא לפי ענ"ד שדין זה לא יהיה רק בנתפס גופו כמו בימים הקדמונים שהשבאים היו מוכרים בעבד או שהיו הורגים אותו ובזה מחויב לקדם ברועים ומקלות להלילו הללת גופו שכבר כתבנו לעיל שגופו הוא שאול לו, ולכן מחויב בו שיהיה חפשי כמקדם שיהיה שייך לו לעלמו בלי רשות אחרים עליו וכשהוא בשביה מקרי עבד של השבאים, משא"כ אם נתפס רק לשבת איזה משך זמן בבית, למרק עוונו וכדומה בזה אין מחויב המשלח לפדותו דהא זהו רק שבת כמו הדקיה באינדרוניא ובחיוב של שבת אין לחייב מטעם שואל, ואם שאין טוב להיות מאוסר וכלוא בבית הסוהר, ויתרלה להוליא ממון למען השיג את חפשיותו כאשר היה טרם נתפס, זהו רק נזק בממונו ולא נזק איבוד גופו, ולבד זה בעיקר הדבר יש לדון דהא בשומרים אומרים לו הרי שלך לפניך וכאן אותו האיש הוא בעלמיותו כמו שהיה טרם אירע לו

לו כן הוא עתה שלו הוא, ואין דומה למה שמלינו בב"ק (מ"ה ע"א) אתפסתיה לתורא׳ כו׳ שחשבינן זה להיזק ניכר, התם שאני כיון שנגמר דינו להריגה וע"י תפיסתו זה יהיה מאובד מבעליו, משא"כ בנידון דידן, ואמינא טעמא שיש לחלק זה מזה דהתם הממון מאובד מבעליו כשהוא ברשות אחרים, ולכן נתחייב אז לשלם ממון עבור השור שנחסר לו מטעם חיוב שמירתו, משא"כ כאן הוא לעצמו תמיד סמוך ונראה ולמה לא נאמר לו הרי שלך לפניך פירוש הרי אתה לעצמך, מ"מ על דברי הר"מ לא יקשה לנו מן דינא דהרי שלך לפניך משום שהתם היה כיון שנתפס ומיקרי עבד של השבאים כמו שדרכם היה למכור וכדומה נפקע ממנו רשותו ושמו, ונעשה עבד של השבאים, ולכך חשוב היזק ניכר על גופו, משא"כ בעת שהיה רק מאוסר וכלוא שאין עליו שם עבד של אחרים ורק הוא ברשות שלו, ורק הפסיותו ניטל ממנו בזה אין לבוא מצד חיוב דין שואל שלא מיקרי נזק גופו, רק חיובו הוא מצד חמשה דברים שאין לבוא בזה מצד דין שואל ודו"ק:

סימן יב

יום ג׳ כ"ג אדר א׳ תרכ"ד סוויר.

עובדא בא לפני, אדון אחד שהיה רצונו לעקור דירתו למקום אחר ועשה מכירה בפומבי (ליציטאציע) על חפציו, ובא ראובן ונתן זייגער שלו להאיש הא"י אשר העמיד האדון שיהיה מכריז ומוכר, שימכור גם את הזייגער שלו בתוך כל החפצים הנמכרים, והזייגער הנ"ל של ראובן קנאהו שמעון ושילם עבורו ואח"כ כשקבל שמעון הקונה אותו לידו וראה אותו היטב, נתודע לו שנתאנה בו יותר משתות וגם שהוא של ראובן והמעות המה עדיין ביד האדון בעל הליציטאציע, ובאו ראובן ושמעון שניהם לדין, וטענת שמעון הקונה משום שנתאנה בו יותר משתות וגם אומר לראובן שהיה לו לשמור שלא יתאנה חברו . . . וראובן טוען מה לך שהוא שלי, אם היה של האדון לא היה ביכולתך לחזור מטענת אונאה, וזה אשר העליתי בענין זה הנראה לענ"ד בעזר ד׳, ויש לחקור בענין דין זה כמה פרטים כאשר יבוא בע"ה:

א) **מצד** האונאה יתר משתות, והנה טענת ראובן הוא שע"ד כן קנה שלא יהיה לו טענת אונאה באשר כן הנהוג בזה, ובאמת כן הדבר שאין בהקונים בליציטאציע שום טענת אונאה אף יותר מכפלים כאשר נודע לי בבירור, ואף לכאורה יש לומר דהאי סתמא דמלתא שקונה על דעת שאין כאן טענת אונאה, לא יהיה עדיף ממה שהתנה מפורש ע"מ שאין לך עלי אונאה והלוקח נתרצה ע"ז ;. דאמרינן דקיי"ל כרב שדווקא במפרש יודע אני וכו׳ אבל בסתם יש לו אונאה משום דלא ידע, דאיתיה אונאה דמחיל, כדאמר הגמ׳ ב"מ (נ"א ע"ב) והכי נמי נהי שנתרצה על אופן שלא יהיה לו טענת אונאה, מ"מ הא לא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה:

אך יש לעיין בזה משום דהא מלינו בקונה מבעה"ב שידוע שבעה"ב אין מוכר בזול דיקירי עליה מאני תשמישתיה אין שם טענת אונאה, הגם שהקונה לא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, וביותר קשה מנושא ונותן באמנה שאין לו אונאה הגם שלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, ובאמת מקונה מבעה"ב אין קשה כל כך דהא כתב הרא"ש שזהו כמפרש יודע אני שיש בזה אונאה יעו"ש, אבל מנושא ונותן באמנה קשה למה אין זה דומה למתנה בפירוש ע"מ שאין לך עלי אונאה, וכאשר יתבאר לנו החילוק שבין זה לזה אז נדון בנ"ד למה הוא דומה. והנה הנתיבות (סי׳ רכ"ז ס"ק י"ט) הביא בשם מהרי"ט (חחו"מ סי׳ י"ט) שהקשה אהא דנושא ונותן באמנה מהא דע"מ שאין לך עלי אונאה וכן בהא דקונה מבעה"ב, ויסוד תירוצו של הנתיבות. הוא משום כיון דלא ידע דמחיל ממילא המאנה עובר בבל תונו וחייב בהשבה דהוה לאו הניתק לעשה, משא"כ בהא דקונה מבעה"ב דלא נחית אדעתא דשיווי כלל וכן בהא דהנו"כ באמנה דלא נחתי אדעתא דשיווי כלל, וא"כ ממילא אין המאנה עובר בבל תונו ולכן אין לו אונאה, ובהא דמכור לי באלו מיירי שהמוכר יש לו אומדנא כמה חפץ זת"ד בקצרה, ויעו"ש מה שהאריך הנתיבות שם בדברים אלו:

והנה יסוד דעת הנתיבות שעיקרו של חיוב תשלומין באונאה הוא מפני שהמאנה עבר בבל תונו ולכן ממילא חייב להחזיר האונאה לתקן הלאו, ולענ"ד זה צריך עיון א"כ מאי קאמר רבא (דף ס"ז ע"א) לענין מחילה בטעות בעיא לאותביה אונאה דמחילה בטעות הוא ולא הוה מחילה, ואח"כ קאמר רבא דאונאה לא הוה תיובתיה משום דלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, הא בלא"ה לא הוה אונאה תיובתא כלל משום כיון דאזהריה רחמנא בבל תונו ממילא מחויב להחזיר האונאה לתקן הלאו, ואין לומר דראייתו מהא דאזהריה רחמנא בבל תונו, ז"א, חדא מצד הסברא דאטו אם מחילה בטעות הוי מחילה יהיה מותר להטעות את חברו, ועוד קשה מאי ראיה ממה שאסרה תורה הא מלינו שאסרה תורה רבית גם דידע דמחיל ואפ"ה אסרה תורה, וא"כ שפיר יש לומר שגם להונות במקח אסרה תורה גם שמחילה בטעות יהיה מחילה, איברא שיש לפרש שזוהי כוונת הגמ׳ דלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, פירושו כיון שבעת מכירתו לא ידע שיש אונאה זהו שאסרתו תורה וממילא מחויב להחזיר המעות שנתאנה מצד תיקון הלאו של בל תונו, ומעיקרא ס"ד הגמ׳ שהחזרת האונאה הוא מצד הדין שיש ת"י מעות אחרים שלקח שלא כדין בטעות, ומזה דקדק רבא דמחילה בטעות לא הוי מחילה, ולבסוף מסיק רבא דאונאה לא הוה תיובתיה שהטעם הוא משום דלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, ועבור זה עבר בבל תונו ולכן מחויב הוא המאנה לתקן הלאו. — ולפ"ז היה מיושב לנו דברי התוס׳ ב"ב (מ"א ע"א) ד"ה אמר ליה מחילה בטעות הוא שהקשו מהא דרב נחמן סבר בב"מ (ס"ו ע"ב) מחילה בטעות הוי מחילה גבי הא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה, ודברי התוס׳ מוקשים דהא התם קאמר רבא דבמקום דלא ידע דמחיל גם רב נחמן מודה דמחילה בטעות לא הוי מחילה כהא דאונאה, ולמש"כ יבואר לנכון דבאמת סברא דלא ידע דאיכא אונאה דאמר רבא אין כוונת רבא שבסוג טעות כזה הוא חלוק משארי מחילה בטעות, שבאמת קשה הוא גדר החילוק בענין טעות דמה לי טעות זה או טעות אחר, רק למש"כ יהיה זה כוונת רבא שע"י האי דלא ידע דאיתיה אונאה עבר המאנה בבל תונו, וממילא מחויב להחזיר אונאתו. — אבל באמת שם בב"ב כתב הרמב"ן בחידושיו לתרץ קושית התוס׳ משום דמחילה בטעות הוא דלא ידע דמחיל דומיא דאונאה, וא"כ לפי דברי הרמב"ן א"א לפרש כמש"כ, ורק כפשטא מפרש דעל כן הוא דלא הוה מחילה ומחויב להחזיר האונאה, הוא משום דלא ידע דמחיל, וא"כ ההכרח לומר שחזרת אונאה אינו בא משום תיקון לאו של בל תונו, רק ממונא אית ליה גביה משום דבטעות איתא ממונא דאחרינה גביה. — ועוד יש לי לעיין בזה לפמש"כ הרא"ש בפרקין דאונאה פחות משתות נמי אזהר רחמנא בבל תונו ואונאה הוא והא דפטור מלהחזיר האונאה משום דהקונה מחל הרי שאין מחויב להחזיר גם שעבר הלאו ואין מחויב להחזיר למען קיום העשה לתקן הלאו, ומהא דשהה בכדי שיראה לתגר לא קשיא לן אהא דצריך לתקן הלאו, שיש לומר דהא גופא חשוב תיקון הלאו מה שמחל לו האונאה וכמו שקיים חזרת האונאה כיון שהמתאנה מחל לו אח"כ, ועכ"ל

לא

לא נאסר זה גבי ריבית מה שמוחל לו החזרה של הריבית משום דהוא גופה אסור מה שנותן לו מתנה עבור ההלואה, משא"כ באונאה, אבל בענין אונאה פחות משתות שבעת הקניה הוא מחילה, ואז הוא עובר בלאו דבל תונו, וכיון שהוא עבר בבל תונו במה שאינה אותו בעת הקניה, למה לא יהיה מחויב להחזיר לו תומ"י טרס בכדי שיראה שאז עדיין לא היה מחילה חדשה שנאמר שבזה תיקן הלאו כמו בחזרת האונאה:

ולכאורה יש להוכיח דעיקר חיוב חזרת האונאה, הוא מצד איסורא דבל תונו, דאם נאמר שחזרת האונאה מסברא הוא, משום דלא ידע דמחיל ולא נגמר נתינת הדמים שלו לחברו והוה גזל בידו, וע"כ מחויב להחזיר לו עבור זה, א"כ האיך ממעטינן קרקעות ושטרות ועבדים מדין החזרת האונאה מקראי דוכי תמכרו כו' הא התם לא ממעטינן רק במה שנאמר שם בהכתוב הוא איסורא דבל תונו, אבל חיוב החזרת האונאה שהוא מצד הסברא משום שמחילה בטעות הוא מאן נימא לן שמיעטה התורה הא זה לא נאמר בכתוב הזה. — והנראה לענ"ד לומר בזה והוא דלולא מה שכתבה לנו התורה איסור בל תונו, היינו אומרים שאין נכנס זה בגדר איסור כלל, משום דזה יש לו רשות לומר שאין רוצה לתן את שלו כ"א בדמים הללו, וכן הקונה יש לו רשות שאין רוצה לקנות רק בדמים אלו ולא יותר, וכיון שנתרצה לתן חפץ זה בדמים אלו וכן הקונה נתרצה לתן דמים אלו בעד חפץ זה וקנה באופן זה כיון שנתרצו על סך זה ועל החפץ הזה ובזה אין כאן טעות, וטעות שיווי המקח טעות שממקום אחר הוא ולא בגופו של דבר הוא, לזאת גלי לן רחמנא בקרא דוכי תמכרו ממכר וכו' אל תונו פירושו שבעלם המכירה לא נכנסה האונאה וא"כ מעות האונאה נמצאו ביד המאנה שלא כדין, ועתה יהיה תלוי בדין מחילה בטעות וכמו שנבאר בע"ה, וממילא קרקעות ועבדים ושטרות שמיעטה התורה אצלם אין שום דין אונאה כלל כי נכנס כל התשלום כפי מה שקלבו המוכר והקונה בתשלום המכירה, ולא נחשב טעות בממון שבא ליד המוכר עבור החפץ ולא בהחפץ שניתן תמורת הדמים. — ועתה יתבאר לנו כל הענינים שמלינו בענין זה היינו שפחות משתות הוי מחילה לאלתר הגם שאסור להונות חברו אפילו פחות משתות לדעת הרא"ש, מ"מ כיון שכל הלוקחים מוחלים זה ובעת הקניה נכנסו לגדר ספק זה אולי נתאנו פחות משתות ומחל לו ולכן הוה מחילה, ואין זה דומה למה שאמרו במתנה על מנת שאין לך עלי אונאה דלא מהני משום דלא ידע דמחיל, וה"נ הא לא ידע שיש כאן אונאה פחות משתות, ז"א, דכל שנכנס בדעתו בספק אולי כן הוא ואפ"ה מחל זה, לא נקרא לא ידע דמחיל, רק בכל אונאה אמרינן שבדעתו נחלט שאין כאן אונאה ולכך לא מהני מחילתו כי לא מחל כלל, כיון שבדעתו חושב שאין כאן אונאה וכעין מש"כ התוס' לחלק בדיני אסמכתא בב"מ (דף ע"ד ע"א) ד"ה התם לאו בידו ובכמה דוכתי, משא"כ בפחות משתות מסיק אדעתיה שא"א לצמצם המקח, ועל דעת כן גמר מקחו ולכך הוה מחילה לאלתר:

וכן בהא דקונה מבעה"ב כיון דאורחא דמילתא שבעה"ב מוכר במקח היוקר יותר משויו והלוקח ממנו מסיק אדעתיה שאפשר שיש כאן אונאה לפי שכן קרוב הדבר היכא שבעה"ב מוכר זה והוא קונה על דעת כן ונתרצה לתן הסכום שקלב, ע"כ הוה מחילה גם שהוא יותר משויו. — אמנם בהא דהנושא ונותן באמנה שאין לו עליו אונאה הגם דלא ידע דמחיל, לכאורה יש לומר כמש"כ הנתיבות שזה לא נכנס בגדר בל תונו שלא אסרה תורה לשא ולתן ע"פ האמת, ונאמר כיון שאין כאן איסורא דבל תונו יהיה דומה כמש"כ בעבדים וקרקעות שמיעטה התורה אותן מבל תונו, וממילא אין אצלם דין החזרת אונאה וכמש"כ לעיל שנכנס כל התשלום בתשלום דמי המכירה:

אך באמת לא מחוור לומר כן דהא איתא בתשובת הרא"ש ומובא בשו"ע ח"מ (סי' רכ"ז סעי' כ"ה) במוכר ולוקח שנתרצו לגמור המקח ע"פ שומת לוי שיש בזה דין אונאה ואין לך נושא ונותן באמנה יותר מזה, שהרי הוא לא איכפת דבר בזה והוא סמך על אומד דעת איש אחר שאין נוגע בדבר ולא עבר על בל תונו כלל, ואין לומר דאמרינן סתמא דמלתא נודע לבעה"ב שיווי חפץ שלו, ולכן גם ששמאו לוי ביותר משויו לא היה לו למכור בזה ועבר על בל תונו כי היה לו לפחות משומת האחר עד שויו האמתי, זה דוחק, ועוד הא משמע שדין זה גם אם גמרו המוכר והקונה בקנין או במשיכה ע"פ שומת לוי ונתחייב כפי שומת לוי שבזה לא איכהו כלל, ובמה ידע שלוי יטעה בשומא ואפ"ה דייניגן לו בטועה באומד בדין אונאה, ועוד גם בנושא ונותן באמנה למה לא נאמר ג"כ סתמא דמלתא נודע להמוכר שויו של החפץ כמו שהוא באמת ונודע לו שיש בו אונאה, אלא ודאי דלא אמרינן סברא זו, וא"כ במוכר ע"פ שומת אחר למה יהיה בזה דין אונאה כפי סברת הנתיבות, וא"כ מוכח מזה שאין אנו דנין כלל אם יש כאן איסור בל תונו או לא, רק כל שיש בקנין החפץ אונאה שבזה אסרה התורה בבל תונו והמתאנה לא ידע מזה האונאה חוזרת, משא"כ בקרקעות ועבדים ששם אין דין אונאה כלל והכל נכנס בגופן של תשלומין עבור המקח, וכמש"כ לעיל. — ונראה לענ"ד לומר בטעם של נושא ונותן באמנה הוא ג"כ משום שנכנס בספק מתחלה שיכול להיות שהתאנה בקניה הראשונה שקנה מהמוכר לו, וגם אולי נעשה מאז איזה השתנות ולכן גם שיש לומר שהוא דן באומד דעתו עתה שהוא שוה כן, וע"ז לא נכנס אצלו ספק אם יש כאן אונאה, מ"מ אחרי שסומך על מעשה המוקדמת באמנתו כפי מה שקנה מכבר, ובזה הוא מכניס עצמו בספק אולי היתה איזה סיבה שהיתה שם אונאה ואעפ"כ גומר בדעתו איך שיהיה, וזהו כוונת הגאון בעל הנתיבות שלא נחית אדעתא דשיווי כלל, פירושו שאין נכנס לחקור בזה וסומך איך שיהיה אם יש בזה אונאה או לא, רק סומך על אמונתו לקנות, וע"כ מיקרי זה ידע ומחיל כיון שנכנס אצלו הספק, ואעפ"כ גמר בדעתו לקנות ע"פ אמונתו איך וכמה שנתן עבור זה. — ודע שבהא דתשו' הרא"ש הנזכר לעיל בדברינו כתב שם שני טעמים וזה לשונו (כלל ק"ב סי' ג' והובא בקיצור בסמ"ע) יראה שמעון יכול לחזור בו כיון שיש כאן ביטול מקח דמה שנתרצה שמעון לקחתו לא עדיף ממה שאם פירש לו ע"מ שאין לך עלי אונאה דקיי"ל כרב דאמר יש לו אונאה, אם לא שפירש בפירוש יודע אני כו', וכש"כ בנדון זה כיון שלא כיון ראובן למכור ביותר מדמיו ולא שמעון לקחנו ביותר מדמיו, אלא שהיו רחוקים זה מזה וכו', וכוונו שלוי ימלא המקח ביניהם ויעמידנה על שומת דמיו וכו' עכ"ל:

ודברי הרא"ש אלו צריכין ביאור מה שדקדק כאן שזה לא יהיה עדיף ממה שאם פירש ע"מ שאין לך עלי אונאה היאך יהיה דומה זה לזה כלל אחרי שלא הזכירו זה כלל, ולמה חשש לזה הרא"ש שעבור זה הוצרך להביא דקיי"ל כרב, והנראה לומר שלהשואל היה זה גופא ספק בכוונת המוכר והקונה במה שגמרו שיסמכו ע"פ שומת לוי, אם כוונתם היה איך שישום לוי כן יקום, גם אם ישום יותר משויו או שיפחות מדמי שויו לא יהיה שום טענה לא להקונה ולא להמוכר זה על זה וכפי אשר יאמר לוי כן יקיימו, וע"ז דקדק הרא"ש שזה לא עדיף ממי שהתנה ע"מ שאין לך עלי אונאה יען שלכאורה זה דומה לזה, כיון שגמרו בדעתם שאפי' אם ישום לוי ויאמר יותר משויו לפי דעתם כן יקום ולא יהיה להם טענה, וא"כ דומה כהתנה ע"פ אופן שלא יהיה עליו טענת אונאה, ולכן דקדק הרא"ש שלא עדיף זה מהתנה ע"מ שאין לך עלי אונאה דקיי"ל כרב דלא מהני, והוא מטעם שלא ידע דאיתא אונאה דמחיל מפני שכל אחד אם שאומר

שסומך

שסומך ע"פ שומת לוי, מ"מ סומך בדעתו שבודאי יכוון לוי את השומא כפי האמת, הגם שסיגנון דבורם מורה שגם אם יהיה אונאה בשומת לוי מ"מ יהיה כפי שאמר לוי, מ"מ סומך כל אחד שבודאי ישום לוי כפי האמת הוא שויו האמתי ולא יעדיף ולא יחסר, וזהו שסיים הרא"ש וכש"כ שלא כיון ראובן כו' פירושו שלא היה במשמעות לשונו שיהיה כפי שומת לוי הן אם יגרע או אם יוסיף רק משמעות ענין הגמר של ראובן ושמעון שלזה ירדו שניהם שלוי ימלא המקח ביניהם וישום השומא כפי השיווי האמתי, ולעולם לא היה סיגנון דבורם שגם אם יאמר לו שלא כפי האמת שכן יקום, וזהו הנראה לענ"ד בכוונת דברי הרא"ש. ובהא דמכור לי באלו, נאמר בזה או כמש"כ הנתיבות שמיירי שלהמוכר יש לו אומד כמה חפץ, או יש לומר שהמוכר סומך על הקונה שבודאי לא יונה אותו, וכיון שהוא יודע כמה מעות יש בידו מסתמא כן נמלא שם כפי שויו של הנמכר לו, כי לשון מכור לי משמעות הדברים שכן הוא המכירה כפי הראוי להיות שיהיה כשויו של המקח. — ועיין במחנה אפרים בדיני אונאה (סי' י"ד וסי' ט"ז) שהאריך בענינים אלו והביא בשם מה"ר בצלאל בשם הריב"ש דטעמא דאונאה משום דסבר אנא בדיקנא בזבינא ושוי כמה דיהיבנא, וזהו כמו שכתבנו בטעמא דסברא דאונאה דלא ידע דמחיל:

אמנם חובה עלינו לבאר דברי התוס' בב"מ (דף נ"א ע"ב) ד"ה הכא שהקשו מהא דפסק רב בכתובות דף פ"ד ע"א אם מתה אינו יורשה ופריך שם הגמ' מהא דאמר רב יש לו עליו אונאה, ותירצו התוס' דהתם כמי לא ידע שתמות אשתו קודם, ולפי מש"כ בטעמא דלא ידע דאיתיה אונאה שהוא משום שסומך על אומדן דעתא, משא"כ שם בכתובות גבי ירושת אשתו הכי נביא הוא לפי דעתו שיחליט שאשתו תמות אחריו א"כ א"א לומר כסברת התוס' דהתם דמי לאונאה. — ובאמת מצאתי שהרמב"ן במלחמות שם בכתובות פ' הכותב כתב דסוגיא דהתם מוכחא דסברא דרב אמר כר' מאיר והולכת אליבא דאביי או באופן אחר כמוש"כ שם, דאי לפי מה דאמרינן דאונאה שאני משום דלא ידע דמחיל, קשה מאי פריך הגמ' שם בכתובות וא"כ מוכח הרמב"ן ז"ל אין מפרש לא ידע כמו דמשמע מדברי התוס' משום דמסופק אללו, רק מפרש הא דלא ידע דגבי אונאה הוא שאומדן דעתא הוא שאין כאן אונאה והתם הוה ספק אללו, וכן מוכרח לומר לפי שיטת הרי"ף והרמב"ם ז"ל שפסקו לדינא הכא באונאה כרב, ואלו התם פסקו דתנאו קיים ואינו יורשה וכן פסק הרא"ש ז"ל. — אמנם לשיטת התוס' שמוכרחים לפרש לפי דבריהם לא ידע מטעם ספק א"כ לדידהו חובה עלינו לבאר החילוק שבין נושא ונותן באמנה, למתנה ע"מ שאין לך עלי אונאה. — והנראה לענ"ד לומר שדעת התוס' שבענין אונאה דאמרינן לא ידע דמחיל, יש בזה שני ענינים. א') שנאמר שגם שאסור בכל תוגו אפ"ה הא הלוקח נתן המעות נתינה גמורה ולא יוכל לתבוע המעות בחזרה, ועל זה דקדק רבא בפ' א"נ דבעי לאתובי אונאה שהבאנו לעיל ובזה לריכין הנו לומר הסברא שלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל היינו שלא נכנס אללו גדר ספק כלל, אבל אם היה אללו ספק ואפ"ה נתרלה הלוקח בזה, לא מיקרי מחילה בטעות והוה מחילה ובזה מתורץ הא דנו"נ באמנה וכמש"כ לעיל. — אכן בתנאי נולהא האחריתא הוא דהא כיון שמתנה וכוונת תנאו שלא יהיה לו דין אונאה והיינו כמש"כ לעיל גבי קרקעות וכדומה, כל הני שמיעטה התורה מדין אונאה, באמרינן בזה שכל מה שנותנים נכנס בגדר דמי המקח, וזהו הענין שרולה בתנאו לעקור מה שגזרה התורה, שעל דעת כן יהיה המכירה וכמו בירובה שע"ד כן יהיה כניסתה וכן הא דשלא יהיה לה עליו חיוב שאר כסות וכו', ואין בזה ענין לגדר מחילה רק הגמ' מחלק דהתם גבי שאר כסות כו' ידעה וקמחלה, ופירושו להו מתורת מחילה אתינן עלה רק הגמ' קאמר שבמקום שבעל דינו יודע מזה, יש ביכולתו להתנות ולעקור הזכות שזכתה לו התורה ע"י תנאו בדבר שבממון, משא"כ במכירה בענין אונאה שמתנה שמכירה זו יהיה באופן שלא יהיה בו אונאה היינו שיהיה כמו כל הני שאין בזה דין אונאה כגון קרקעות וכדומה וכמש"כ, מ"מ אמרינן כיון שאין ידוע לבע"ד בהחלט אם עוקר זכות אין ביכולתו להפקיע זכותו שיש לו מה"ת, ובאופן זה גם במקום שהבע"ד יודע מהספק, מ"מ כיון שאין מבורר אללו אם מפסיד בתנאו, יש לומר בזה שאי אפשר לו לעקור דבר מה"ת זהו הנראה לענ"ד לומר לפי שיטת התוס', היוצא מכל הנ"ל שבמקום שהלוקח חשש שיש כאן אונאה ונתרלה באופן שלא יהיה כאן חזרת אונאה בזה אין לו דין אונאה. ומעתה נחקור לענין נ"ד הגם שישראל המוכר עבר בבל תונו, מ"מ כיון שאיהו קנה על דעת שאין כאן תביעת אונאה, וע"כ יש לדון בזה אם הקונה כאן מחמת שלא ראה אותו היטב רק סמך בראייתו מרחוק, ולמש"כ במכור לי באלו הטעם שסמך על המוכר, כאן אין שייך סברא זו כמובן, ואם נאמר שם הטעם שהיה לו אומדן דעת כמה יש כאן בחפציו, בכאן בנ"ד צ"ע הדבר איך לדון בזה אם יש השערה על הזייגער במה שראהו ביד האיש המכריז למכור ולא פתחו, ולבד זה כאן כיון שבעל הליליטאליע הוה בעה"ב, וזה ידוע שבעה"ב אין מוכר רק בדמים יתירים, ויש דעת הסוברים שאפי' ביתר משתות אין אונאה בקונה מבעה"ב, גם כאן אין אונאה שהרי הבעה"ב עמד אלל המכירה, וכאשר יראה שמזלזלים הקונים לפי דעתו לא יניח למכור וא"כ יש בזה דין קונה מבעה"ב, ע"כ אין לנו הכרעה לבטל המקח מלד האונאה יתר משתות:

ב) **אמנם** מטעמים אחרים יש לדון בזה לבטל המכירה, וקודם נאמר שבנ"ד המעות של תשלום דמי הזייגער הגם שילאו מיד הקונה ליד האיש הא"י המכריז למכור, מ"מ מקרי הקונה מוחזק במעותיו שהרי א"י אינו בר שליחות וזכיה, וא"כ לא זכה הישראל ראובן המוכר במעותיו של הקונה שביד הא"י, והמכירה לא תהיה חלה רק מלד המשיכה שמשך הקונה החפץ לידו, וא"כ יש לדון בזה לבטל המקח כיון שאיהו בעת קניתו לא אמר לו המוכר משוך וקני וקיי"ל שלא בפניו נ"ל לו משוך וקני ובפניו מה שעומד אללו ורואה אותו מושך החפץ דמי כאומר לו, וכאן שהא"י אינו בר שליחות ומה שהוא מוסר להקונה לא נחשב כאומר לו משוך וקני, ולכאורה יש לומר שכיון שהמוכר מסר החפץ ליד הא"י על דעת כן שכל שיגמור המקח הא"י עם הקונה וימסור לו יהיה חל המקח, וע"כ נחשב זה כאומר לו משוך וקני כיון שגילה דעתו דניחא ליה בזה, אמנם באמת זה תלוי בפלוגתא דרבוותא במי שנתן לשלוחו למכור חפץ שלו וקלב לו הדמים, שבדמים אלו ימכור, שאין לו רשות להשליח לעכב לעצמו וכדאיתא בשו"ע חו"מ (סי' קפ"ה סעי' ב'), ולמדו זה מאלמנה שמזה לעצמה לא עשתה ולא כלום, וטעמו של דבר דבעינן שיהא מקנה להחפץ וכיון שהמשלח מסר לשלוחו שיהיה הוא המקנה לאחר, הגם שלבע"ד ודאי ניחא ליה גם כשהשליח יעכב לעצמו במעות האלו דמאי איכפת ליה, מ"מ לא קנה אותו ע"פ דין שאין כאן המקנה לו, והא ודאי אם המשלח היה אומר שכל מי שיתן מעות אלו עבור החפץ זה אני מקנהו לו היתה חלה המכירה בפשיטות גם אם השליח מעכב לעצמו, אך היכא שמוסר לשלוחו שיהיה הוא המקנה לאחר ולכן לעצמו אין כאן מקנה לכן לא קנה במה שעיכב לעצמו, ויעוין במחנה אפרים (הל' שלוחין סי' כ') שהאריך דברים בזה והביא שהוא פלוגתא דרבוותא הגם שבשו"ע סתים לה כתומי [וכבר דברנו בענין זה לעיל (בסי' ה' ובסי' ט') יעו"ש] וכיון שהמעות תשלום החפץ עדיין לא באו ליד ראובן והמה מונחים אלל האדון המה עדיין בחזקת מ"ק במקום ספיקא דדינא:

ויש

ויש להעיר לפמש"כ דבעינן מקנה לדעת השוכרים כך בהא דהרשה לשלוחו למכור ועכב לעצמו שלא קנה וכל שאין מקנה לא הוא בעצמו ולא שלוחו לא קנה הקונה, וא"כ הא דאמר בגמ' ב"ב (פ"ז ע"ב) השולח לחנוני פונדיון ע"י בנו הקטן ושלח לו באיסר שמן ואיסר וכו' דפליגי ר"י ורבנן דרבנן סברי לאודועי ליה שדריה ור"י סבר דלשדורי ליה שדריה ולכך פטור החנוני, ולמה יופטר החנוני נהי דלשדורי ליה שדריה מ"מ במה קנה החנוני את הפונדיון שנשלח לו ע"י התינוק, הא אין שליחות לקטן ובמה נקנה לו ובמה דניחא ליה שיקח החנוני הפונדיון ויתן עבור זה השמן והאיסר הלא לא קנה, ויש לומר דהתם שמיחד השולח להקטן שיעשה דבר זה למסור להחנוני הפונדיון אין תינוק זה עושה שום דבר רק מעשה קוף בעלמא שמוסך לידו, והוא בעצמו נחשב המקנה פונדיון שלו להמקנה משא"כ בשליח שמסר לו ענין השליחות שיהיה הוא עושה הדבר שיברר הקונה ויקלוב עמו הדמים, בזה אנו אומרים מן הסתם שמסר לו הדבר לשלוחו שהוא יהיה המקנה, עד שיאמר בפירוש שהוא המשלח מקנה בעצמו למי שיגיע לידו חפץ זה. — ובאמת יש להקשות בסוגיא זו לר"י דסבר לשדורי ליה שדריה מ"מ במאי קנה המשלח את השמן והאיסר הא משיכת הקטן אינה כלום כיון דאינו בר שליחות ומעות אין קונות, א"כ ברשות החנוני הוא השמן והאיסר, ולמה אמר ר"י שהנזק הוא של בעל הפונדיון, וראיתי להסמ"ק שכתב שזה דומה כאלו אמר שלחה לי ביד בני וביד עבדי כו' ושלחה לו ביד בנו ומתה פטור, והנה בעצם הדין בהא דאמר לו שלח לי ביד בנך כו' הקשה שם בסמ"ק בשם הראשונים מה מועיל זה הא לאו שלוחו הוא, שהרי המשאיל משלח אותו והשואל לא דבר עמהם מאומה, ותירצו שם שכוונת המשאיל בעת שעושה אותם לשלוחים שהוא בפקודת השואל עושה אותם לשלוחים ומתחלה נעשה עבורו לשליח, עוד הביא שם תירוץ שהוא מדין ערבות כיון שאמר לו להוציא הפרה מרשותו ולשלחה ביד עבדו נתחייב מדין ערב, ועיין בנתיבות (סי' ש"מ ס"ק י"א) שכתב שנ"מ בין שני התירוצים היכא שאמר לו שלח לי ביד חשו"ק ושאינו בר שליחות, שלטעם הא' הוא פטור כיון שאינו בר שליחות ברשות המשאיל הוא, ולטעם שהוא מדין ערב הוא חייב אפי' באינו בר שליחות והמשאיל יכול לחזור בו אפי' אם הוא בר שליחות. והנה מהא דאמרינן כאן ב"ב בהא דשולח בנו ופונדיון בידו לקח שמן ואיסר שכתב בסמ"ק שהטעם הוא משום דדמי כאילו אמר לו שלחה לי ביד בני, ולכך פטור על האיסר והשמן שמסר ביד בנו הקטן למ"ד דלשדורי ליה שדריה, והכא הקטן אינו בר שליחות, ופ"כ צריך לומר שהוא מצד ערבות, וגם יש לי מקום עיון לדעת הרשב"א והרא"ש שדין ערבות לא הונח רק באומר תן לאיש בר חובא וע"ז שייך ערבות שיתחייב עבורו, אבל באומר זרוק מנה ליס אין ע"ז דין ערבות (ועיין לעיל בדברינו סי' ו' שהארכנו בענין זה) איך נאמר על מוסר לקטן להוליך לאחר דין ערבות הא עליו אין כאן שום חיוב, ומתורת שליחות ג"כ אין כאן שהרי אינו בר שליחות:

ונראה לענ"ד לומר גדר אחר בזה שכל האומר לחבירו לעשות דבר זה, כמו שלח לי ביד בנך כו' סתם כוונתו הוא שאומר לו שלח שיתהוה בזה החיובים כמו שיהיה אח"כ כשיבוא לידו, ולכן באומר המשאיל להשואל שלח לי בשעה שמחזירה כוונתו שיהיה כמו שהוא הדין כשיבא לידו, ולכן לא מיבעיא בשאלה שגוף דבר של המשאיל הדרא בעינא ע"ז אין אנו צריכים לשום דבר שהרי עי"ז נגמר שאילתו וממילא ברשות המשאיל הוא, אמנם בדבר שגוף הדבר של השולח הוא רק חוב מגיע עליו כמו במלוה, וא"כ לכאורה שבזה אנו נצרכים לבוא ע"ז מדין שליחות שיקנה המעות שנותן לו הלוה שהרי שלו המה, כי המלוה להוצאה ניתנה אפי' במחזיר אותן המעות עצמן וכש"כ בנותן לו תשלום חובו מעות שלו, ואם אין המלוה קונה אותם הרי המעות של הלוה הוא, מ"מ נראה לענ"ד שזה ג"כ אין צריך טעם של שליחות, רק כיון שבארנו שכל שאומר שלח לי כוונתו שיהיה כפי הדין שיהיה לאחר שיבא לידו, לפי שבשביל זה הוא שולח לו בפקודתו, וע"כ במלוה כמו שלאחר שיבא לידו של המלוה יופטר הלוה בודאי, כן גם באומר לו שלח ג"כ כוונתו כשיבא המעות ליד האיש שאומר שלח על ידו תהיה פטור מחיוב שלך והוה כאומר הנח והפטר, ובזה א"ש דברי הרמב"ם (בפ"ג מהל' שלוחין הל' ג', והשו"ע בסי' קפ"ח הביאו זה בסעי' ג') האומר לחברו שלח לי בין מלוה בין פקדון ביד פלוני אפי' הוא קטן נפטר הלוה או הנפקד, והנה בפקדון נכון בפשיטות, אחרי שנסתלק משמירתו ע"י אמירתו, אלא במלוה הלא צ"ע דהא המעות ברשותו הוא והמלוה לא קנה את המעות בלקיחת הקטן שאין בר שליחות, אך למש"כ אתי שפיר שהוא מגדר והפטר. — אך למש"כ זהו דוקא על החזרת השאלה והפקדון מועיל זה אפילו שהוא ע"י הקטן, אך לכתחילה ברישא דמתניתין דקתני בהשאילני פרתך ואמר לו שלח לי ביד בני וכו', שמתחייב השואל בכל חיובי שואל מעת משיכת הבן ועבדו ושלוחו הן של משאיל והן של שואל, לפי דברינו, ולפי מש"כ הנתיבות שלמאן דמפרש מתניתין מכח שליחות, יהיה זה דווקא אם הוא גדול ובר שליחות אבל בקטן לא יהיה דין זה. — אך לפי זה יהיה זה נגד דברי הכ"מ שכתב שם ברמב"ם על מש"כ שם האומר לחברו מנה שיש לו בידך בין מלוה כו' שלחהו לי אפי' הוא קטן אם רצה לשלחו בידו נפטר, וכתב הכסף משנה שזה נלמד ממשנה דב"מ (צ"ח ב') השואל את הפרה ואמר לו שלח לי ביד בני כו' חייב השואל דהו"ל כאלו הגיע לידו ובנו דנקט משמע דקטן הוא דאלו גדול הרי הוא בכלל שלוחו, ולמש"כ ע"כ הרישא בהתחייבות השואל בעינן שיהיה גדול דוקא וגם לומר שהוא מטעם ערבות הוא זה יהיה תלוי במחלוקת הדין אם יש דין ערבות היכא ששום אדם אין מתחייב בזה, וגם בלא"ה קשה לומר מדין ערבות, שכאן מתחייב גם אם יארע אונסין אח"כ ובעת מעשה לא היה הולך לאיבוד ומה שנמסר ע"י לקטן שאין בר שמירה, וגם מש"כ הנתיבות הטעם לפי שע"י ערבות נכנס בחיוב שמירה וממילא מתנה ש"ח להיות כשואל, לענ"ד דחוק דערבות הוא סוג חיוב בפ"ע ואין לבא ע"ז מדין שמירה. — וביותר קשה לענ"ד דהרמב"ם היה להעמיד חידוש דינו שאומר אפי' הוא קטן שם באומר השואל להמשאיל שלח, שדין זה אפי' אם הוא קטן, ע"כ נראה לענ"ד המחוור בדעת הרמב"ם שבדין משאיל ושואל בעינן דוקא גדול שיהיה בר שליחות, וע"כ לא כתב שם הרמב"ם דין זה, ולענין החזרה דקיי"ל אפי' בקטן נפטר סמך הרמב"ם על הדין שנאמר כאן בהל' שלוחין ועיקר לימודו של הרמב"ם הוא מדין השולח פונדיון ביד בנו דב"ב וכמוש"כ גם הכ"מ בסוף דבריו, ודקדוק של הכ"מ מהא דקתני בב"מ בנו דמשמע אפילו בקטן דגדול בכלל שלוחו ע"ז י"ל דלרבותא נקט בנו ברישא היכא דלא אמר לו שלח, שגם ביד בנו לא מיקרי אתא לידו שלא נאמר כמו שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ה"נ בתחלת שאלה ובחזרה ג"כ הוא שנחשב בנו כאילו ניתן בידו קמ"ל דלא כן הוא:

ואחרי שבארנו בדין זה שפטור של חזרת מלוה ע"י קטן באומר לו שלח על ידו שהוא כאומר לו והפטר, נתחזק הוכחה מש"כ בראש דבריו בהא דב"ב שע"כ צריך לומר, שהיכא שמפרש שלשדורי ליה שדריה, שע"כ צריך לומר שקנה כדעת ר' יהודה או לרבנן היכא שמפרש שלשדורי ליה שדריה, שע"כ צריך לומר שקנה החנוני את הפונדיון בקבלתו מיד התינוק, דאם נאמר שכיון שאין שליחות לקטן לא קנה החנוני להפונדיון כלל, רק מה שיפטור עלמו מחזרת הפונדיון הוא מטעם שיש אחריות להשולח על השמן והאיסר שביד התינוק שנאבד מטעם ערבות, הרי לפי שכתבנו שלגבי התחייבות אין מועיל באומר שלח ע"י קטן, רק לענין לפטור את השולח על ידו ולא להתחייב מחמת

זה כיון שאינו בר שליחות, וא"כ נצטרך לומר שהחנוני קנה הפונדיון מפני שכך אמר לו שיתנו לידו ותשיב שהוא בעצמו מקנהו לו ונתינת הקטן היא מעשה קוף בעלמא, וכיון שקנה להפונדיון ורק יש עליו התחייבות לתן התמורה הוא השמן והאיסר ושפיר מועיל מה דאמרינן אליבא דר"י לשדורי ליה שדריה, שבזה נפטר במסירתו להקטן בפקודתו שהוא נחשב כאילו אמר לו והפטר, וטעם קניית הפונדיון הוא כמש"כ. — ולענין כ"ד אין ללמוד זה משם דשם שייחד את שם האיש שאולת אליו חשוב זה מעשה קוף משא"כ בכ"ד שלא ייחד את הקונה ולא נקלב הסכום, רק הכל נמסר להשליח הא"י וכיון שאין לו דין שליח לא חלה המכירה. — אך זה צ"ע לפי מש"כ שבניחא ליה לבד כל שאין שם מקנה לו להדיא לא קנה שם בב"ב (פ"ז ב') דקאמר שם הגמ' בבעה"ב מוכר ללוחית עסקינן ונטלו ע"מ לבקרו וכדשמואל, ומסתמא דסוגיא משמע כפי הנראה שבעת שילוחו ע"י הקטן שלח הצלוחית לקח שמן בתוכו רק מחמת שאיהו מוכר ללוחית ניחא ליה הדבר שיקח לקנותו אם ירצה החנוני, ובמה קנה את הצלוחית כיון שאין כאן דעת מקנה, לפי מש"כ שבניחותא לבד לא קנה עד שיהיה גלוי דעת שמקנה לו, והכא אין כאן גלוי דעת מפורש על מכירתו אותה לו רק אומדנא דניחותא לבד, מיהו לפי מה שכתבו התוס' שמטעם שאלה אתינן עלה אתי שפיר שיש לומר כיון שנטל ע"מ לבקרו וזאת ידוע להחנוני שאם ירצה לקח הצלוחית ולשלם עבורה לא ימנע ממנו הבעה"ב וגם לפמש"כ במקום אחר (לעיל בסי' ה') ע"פ ד' הש"ך (בסי' שנ"ח) שהרשות לו להשתמש בו במקום שידוע הוא דניחא ליה לקבל מעותיו, לכן מחויב מטעם שואל דכל הנאה שלו, אמנם אם ימסור להקטן שהוא יהיה המקנה או קונה ע"פ שיקול דעתו לא יהיה יכולת להמוכר. לקח הדבר שהמה ברשות בעל הדבר המשלח אם לא שיקנה הדבר להקטן, ואז יוכל למוכרו מתקנת חכמים שהפעוטות מקחן מקח אבל לא בתורת שליחות, ולצ"ע בזה. — וא"כ בענין כ"ד שאין שליחות להא"י המכריז והוא המשלח מסרו להחפץ בידו שיהיה הוא המקנה וקולץ דמי המקח, הגם דניחא ליה להמשלח שיקנה הקונה, מ"מ כיון שאיהו מסר לשלוחו שיהיה הוא המקנה והקנאתו בטל מצד שאינו בר שליחות ממילא בטל הקנין, ומצד דניחא ליה לחוד לא נחשב לומר שיהיה זה כמו שמקנה לו בעל החפץ בעצמו, ותלי זה בפלוגתא דרבוותא אם השליח יכול לעכב לעצמו שכ' לעיל, ואחרי שהרשב"א וסיעתו וכן הוא סתימת השו"ע סי' קפ"ה סעי' ב' שאין יכול לעכב לעצמו, הגם שהמח"א הביא שיש הרבה חולקים כיון שמוחזק בחזקת מ"ק על המעות, אין להוציא מחזקתו בספיקא דדינא:

ג) **עוד** נראה לענ"ד שבעובדא דידן איכא טעמא אחרינא לבטל המכירה והוא כיון שבעת הקניה סבר בדעתו שהוא של האדון בעל הלילעטאליע אמרינן בזה מי הודיעו להקונה שיתחייב במשיכתו לבעל החפץ ולהקנות לו מעותיו דמי החפץ. והנה מקור דבר זה הוא בסוגיא ב"ק (ק"ב ע"ב) דמקשי בני מערבא מי הודיעו לבעל חטים שיקנה החיטים לבעל המעות, ושם בסוף הסוגיא מדמי שם הגמ' גם בקונה כיתנא דרב כהנא שלא ידע הקונה שהוא של רב כהנא להא דבני מערבא דמי הודיעו יעו"ש בגמ', והנה לדינא לא קיי"ל כבני מערבא דמקשו הכא רק אפילו בשינה מחטים לשעורים נמי קנה בעל המעות, וכתב הרא"ש וז"ל וליתא לחוכא דבני מערבא, ואע"ג דשני השליח מ"מ אין מתכון לקנות לעצמו ודעתו לזכות לצורך בעל המעות ואע"פ שבעל חטים מזכה לשליח מ"מ ידו כיד בעל המעות שהוא מתכון לזכות עבורו, הרי כל הטעם שנקנה לבעל המעות הוא מצד שקנה השליח עבורו, וכן בהא עובדא דכיתנא דרב כהנא נמי הטעם הוא משום שזוכה המעות עבור בעל הפשתן, ולולא זה לא היה המעות שייכים לבעל הפשתן, וא"כ לפי טעם זה של הרא"ש בעובדא דידן כיון שאין שליחות לא"י ממילא אין כאן קנין והתחייבות לבעל החפץ. — אמנם שם בסוגיא הנ"ל חולק בזה הרשב"א ז"ל בחי', וסובר שבעלם הדבר אמרינן דעתו של אדם להקנות לבעל המעות, ולא מצד זכות השליח עבור בעל המעות, וכבר דברו בענין זה גדולי המחברים המח"א בהל' שלוחים (סי' ע"ו), והקצה"ח הביאו (בסי' קפ"ג ס"ק ג' ד') בשם הרמ"ה שחולק על הרא"ש וסובר שדעתו של המוכר להקנות לבעל המעות, לבד טעם של זכיה, ושני המחברים הנ"ל מתנבאים בסגנון אחד שסיטה זו היא סיטה מחוורת, והמחנה אפרים חיזק השיטה הנ"ל דקיי"ל דעתו של מוכר להקנות לבעל המעות במסמרות נטועות דהכי הלכתא, וכן הוא שיטת הרי"ף והרמב"ם שדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות מהא דפסקו במקבל עסקא מחברו שכל מה שקונה גם שהתנה בפירוש שלצורך עלמו קונה שייך מחלה לחברו ולא אמרינן מי הודיעו, ולפ"ז בכ"ד יש לומר לכאורה דהקונה שקנה החפץ במשיכתו התחייב לבעל החפץ גם שלא ידע שהוא של אחר, ואף דליכא טעמא של זכיית השליח עבורו:

ומ"מ נראה לענ"ד שבכ"ד לכו"ע יהיה הדין דאמרינן סברת מי הודיעו שהחפץ של אחר הוא שיתחייב במשיכתו לשלם לו כפי המקח שקלב ומשך את החפץ על זה, והא דאמרינן שדעתו לבעל המעות וכן לבעל החפץ, הני מילי בענין הקנאה שמקנה איזה דבר עבור מעות, או בתשלום מעות שמשלם אמרינן שנותן ומקנה אותם עבור בעל החפץ, אבל בענין התחייבות דהא מטבע אין נקנה ע"י משיכת החפץ דמטבע אין נקנה בחליפין רק התחייבות חל עליו, וכמבואר בב"מ (מ"ה ע"ב) שנתחייב לשלם עבור החפץ במשיכתו וקנייתו את החפץ כפי מה שקלב, בזה אמרינן דלא חלה עליו רק לאותו אדם שהתחייב בכוונתו ולא לאחר ע"כ לאחר אין חל עליו שם חיוב שהתחייב, ומנא אמינא לה להאי סברא מהא דאמרינן בב"ק (כ"א ע"א) גבי הדר בחלר חברו ושכרו מאחר ונמלאו אח"כ הבעלים דאין לריך לשלם לאחר בחלר דלא קיימא לאגרא, הגם שהוא נכנס על דעת שישלם תשלומין עבור הדירה של בעה"ב שדר בתוכה, ואפ"ה לא אמרינן שיחול חיוב התחייבות התשלומין האלו על הדר בבית לשלם לבעה"ב משום שדעתו של אדם לבעל הבית, רק אמרינן שלמי שהתחייב עלמו לשלם התחייב ולאחר לא התחייב ולכן כיון דלא קיימא לאגרא פטור לגמרי. — ואין לדחות ולחלק דשאני התם כיון דלא קיימא לאגרא כלל, והדר בבית זה שלא מדעתו פטור לגמרי, בזה לא שייך לומר שדעתו של אדם להתחייב לבעל המעות שהוא בעל החפץ היינו בעל הבית שדר שם, כיון שאין דירתו שוה כלום לשלם עבורה אין שייך לקרותו בעל המעות, הנה מלבד שהסברא בעלמותה אין נכונה לומר כן, עוד יש להביא ראיה דלא! אמרינן הכי מהא דאיתא בחו"מ (סי' שס"ג סעי' י') בשוכר בית מראובן ונמלא של שמעון אם שכרו בדמים יקרים אין לריך לפרוע אלא כפי מה שסוכרים אחרים גם בחלר דקיימא לאגרא, והתם שייך לקרותו בעל המעות אפ"ה לא חל עליו חובת תשלום השכירות שנתחייב לשלם לראובן, שיהיה חייב לשלם לשמעון שהוא בעל החלר, אלא מוכח מזה שלענין התחייבות לא אמרינן בזה שנתחייב ממילא לבעל המעות, הוא בעל החפץ שעבורו התחייב, רק למי שהיה בכוונתו להתחייב נתחייב לו, או אם הוא שלוחו של בעל החפץ משום ששלוחו של אדם כמותו, ולכן מה שנתחייב לשלוחו כמו שנתחייב לבעה"ב דמי. — גם אין לומר דהתם ה"ט שלא חל עליו החיוב לשלם לבעל הבית מפני שראובן המשכיר בתורת גזל בא על הבית ולכן אין מעשה השכירות כלום, ז"א דהא להרי"ף והרמב"ם שהבאנו לעיל גם שהשליח זקפן עליו במלוה בפני עדים וגילה דעתו שבתורת גזלנותא בא עליהן אפ"ה פסקו שהמקח של משלח, וכמובא דעתם (בסי' קפ"ג סעי' ג') אלא ודאי שבכל גוונא אמרינן דעתו של אדם להקנות לבעל המעות, וכן יהיה הדין בנתינת מעות עבור

עבור איזה דבר אמרינן שדעתו של אדם להקנות אותם לבעל החפץ וכעובדא דכיתנא דרב כהנא, אבל במקום שמקבל לא זכה המעות עבור בעל החפץ וכההוא דשוכר בית מראובן, אם השוכר שילם המעות לראובן אפ"ה אין צריך לשלם אותם לשמעון אם לא קיימא לאגרא, או נשכר בפחות ממה שנתן אין צריך לשלם רק כפי שויה באמת, דכללו של דבר שכיון שהמעות לא נקנו בקנין אין כאן רק חיוב התשלומין שנתחייב עבור מה שקנה או מה ששכר, ולמי שהתחייב התחייב ולא לאחר. — וא"כ לענין הנדון שלנו שהא"י אינו בר שליחות ולא בר זכייה ואין אנו באין רק מחמת שמשך את החפץ על דעת לשלם עבורו סכום המעות שקיבל ונתחייב במשיכתו סכום המעות שקיבל, וכיון שבארנו שההתחייבות אין חל במקום שבכוונתו לא היה להתחייב לו רק לאחר, וממילא בטל הקנין שקנה אחרי שהתחייבותו בטלה, ע"כ מכל הלין טעמי שנתבאר נראה לענ"ד דהמכירה בטלה ויכול לחזור בו כל זמן שלא הגיעו המעות ליד בעל החפץ בפשיטות ודוק, כן נראה לענ"ד:

סימן יג

חקירת ספק בדין אם אחר הזיק חפץ של חברו שבא לו מירושה וכששילם לו אם יש להתשלום דין של החפץ גופא לענין תשלום חובות של מורישו אי לא, ויש בענין זה כמה פרטי דינים ויתבאר בדברינו בעז"ה:

א) **איתא** (בב"ק ל"ג ע"א) במשנה שני שוורים תמים שהזיקו זא"ז כו' מועד בתם משלם במותר נזק שלם, פירש"י „אם הזיק הוא את התם יותר ממה שהזיקו התם" ועיין ברא"ש שם (סי' י"ג) שמדקדק מדברי רש"י אלו שהתם משלם נזק שלם בנגיחה זו, כגון אם המועד הזיק בתם חמשים ותם במועד ארבעים הדין נותן שישלם המועד שלשים, וקמ"ל שאין משלם רק עשרה היינו יתר על מה שהזיקו התם, וסברתו משום שהתחילו כאחת אין כאן חבלה אלא המותר ולשון במותר משמע כפירושו, והתוספות לא הסכימו על זה, ובאמת הרמב"ם כתב מפורש (בהלכות נזקי ממון פ"ט הלכה י"ד) כמו שכתב הרא"ש לדברי התוס', שהרי כתב שאם הראשון המועד הזיק מאה והשני התם הזיק ארבעים משלם הראשון המועד שמונים שהזיקו של התם חושבין כ' והזיקו של המועד ק' וצריך לשלם שמונים, וכן הטור והשו"ע פסקו כולם כדעת הרמב"ם שחושבין הנזקין כפי מה שמגיע ע"פ הדין לשלם כן חושבין זה כנגד זה, אך לפי סברא זו צ"ע באמת בטעם הדין שכתבו התוס' שהשמיענו מתניתין אפילו אם אחד נאבד שלא יאמרו הבעלים של הנאבד אגבה כל חצי נזקי ואתה תפסיד נזקך שנאבד שורי עכ"ל, וצ"ע בטעמא דמלתא כיון שחשבינן לכל אחד בפ"ע כמה שמחויב לשלם למה לא נאמר באמת כן, אחרי שזאת אין אנו באים לומר שמה שזה כנגד זה לא נחשב בדין תשלום חבלה רק המותר, שהרי בתם ומועד חשבינן לכל אחד ואחד כפי המוטל עליו לשלם, ולמה אין אומרים כן בנאבד, ולכאורה רציתי לומר בטעמא דמלתא משום שהמעות המגיע לשלם מן מי שלא נאבד לבעלים של הנאבד חשבינן זה כחלק מן השור גופו שהתשלומין של השור חשוב כשור, וזה הרי לא נאבד לכן ינוכה זה מחשבון התשלום שהשני צריך לשלם עבור הנאבד. — אך אכתי צ"ע הא תינח אם הנאבד הזיק מקודם את הישנו כאן והשני הזיק אח"כ את הנאבד, שפיר הוא שלכך לא מצי בעל הנאבד לומר אגבה כל חצי נזקי משלך ואתה תפסיד לפי ששורי נאבד, מפני שהבעלים של שאין נאבד יאמרו שהמעות שאנו צריכים לשלם הרי המה כמו השור הנאבד שהמה חלק מהשור הנאבד, וזה דומה כנאבד מקלת שור שגובים מזה שנשאר כל התשלום שחד שור הוא אליבא דר' ישמעאל, אבל אם הנאבד הוזק מתחלה מזה שלא נאבד ואח"כ הזיק הנאבד לשאין נאבד, הלא שפיר מצי בעל הנאבד לומר אגבה כל חצי נזקי משלך ואתה תפסיד שלי נאבד, ובזה א"א לו להבעלים של שאין נאבד לטעון שמה שאנו צריכים לשלם לך הוא חלק משורך ואגבה מזה, הא כיון שהנאבד הוזק קודם א"כ אותו חלק שהוזק לא היה בעת שנגח הנאבד לשאין נאבד ואין צריך לשלם מזה, ומדברי התוס' נראה שבאמת בכל גוונא אין הבעלים מהנאבד יכולים לטעון כן, ובאמת מדברי הנימוק"י שכתב וזה לשונו וראוי שתדע דכי אמרינן משלמים במותר חצי נזק דווקא במאי דיכלי לאשתלומי מהדדי, הוא דחזינן מאי דשוה להדדי היינו שיעור מה דאית ליה לאשתלומי מחבריה, כגון אם נגח שור תם שוה ר' לשור תם שוה ק' והכחישו שמונים, וחזר האחרון והזיק להראשון מנה, אם נאמר נוליא ארבעים שחייב הראשון מן החמשים שחייב השני לשלם וישלם השני עשרה, א"כ לקתה מדת הדין שהרי השני שהזיק מנה אין צריך לשלם אלא עשרים שהרי אין שוה אלא עשרים, והראשון שהזיק שמונים צריך לשלם ארבעים שהרי הוא שוה ק', ואחרי שינוכה מה שצריך השני לשלם ישלם לו הראשון עשרים, עכ"ד הנימוק"י, ואלו בנאבד האחד שהביא ג"כ הנימוק"י דין זה לא מחלקינן, ובכל גוונא משלם בעל הנאבד היינו שמתשלומין המגיע לו בין הוא ראשון בין הוא שני מנכין מהתשלומין שצריך האין נאבד לשלם עבור הנאבד סך התשלומין שנצרך לו להנאבד לשלם עבור מה שהוא הזיק, ואף שהנאבד הוזק בראשונה, וא"כ בעת שהוא הזיק להשאין נאבד כבר חלק השור שהוזק הנאבד לא היה בעת שהזיק להשני, ואפ"ה מנכין זה מהתשלומין שצריך האין נאבד לשלם, ובזה ליכא למימר הטעם שהתשלומין שצריך לשלם עבור הזיקו שהוזק הנאבד חשיב כגופו של שור כיון שזה לא היה בעת שהזיק, ונראה לענ"ד לומר בטעם הדבר שמשום שבעת מעשה ההיזק שהזיק הנאבד אח"כ, היה אז הנאבד ואז הוטל עליו החיוב לשלם, ואמרינן בודאי ניחא לבעלים לשלם ההיזק עבור מה שהזיק השור היינו לנכות מן חלק התשלומין שצריך לשלם לו הראשון שהזיק לשורו, ולא למכור אותו או להגבות לחברו את עצם השור שהזיק באחרונה, מפני שרוצה אדם בקב שלו וניחא ליה בחיותא דיליה יותר מתשלומי המעות, וחשיב זה כאלו ניכו שניהם אז זה כנגד זה והמותר ישלם לו:

ב) **אך** בעיקר הדין יש להסתפק היכא שאחד הזיק להשני ואח"כ בא שור אחר והזיק להשור המזיק הראשון עד שאין הנבלה שוה כלום אם בעל השור הניזק הראשון גובה מהמעות שיגבה בעל השור המזיק, מהמזיק לשורו השני; דהא ודאי שהניזק הראשון אין יכול לגבות מן השור המזיק השני מטעם שהזיק השור אשר הוא משועבד לו, דהא אין זה אלא מזיק שיעבודו של חברו, דאפילו למאי דדיינינן דינא דגרמי ומחייב מזיק שיעבודו של חברו, מ"מ על מעשה שורו ודאי שאין לחייב לבעל השור מצד דינא דגרמי וכדאיתא בחו"מ (בסי' שפ"ו סעיף א' ברמ"א שם) ועיין שם בש"ך (ס"ק ה'). — אך בזה יש לעיין כיון שצריך לשלם לבעל השור ממילא יגבה מזה התשלום הניזק הראשון, כיון שהמעות באים לתשלום גופו של המזיק חשוב המעות כגופו, או שנאמר שמגופו דווקא מצי למיגבי מיניה, אבל כל שגופו נאבד המעות שנשלם עבור זה אין נחשב כגופו רק כמילתא אחריתא הוא ולא מצי הניזק לגבות זה, ולכאורה נראה שיש לדמות דין זה להיכא שירש קרקע ויש עליו מלוה ע"פ שהדין הוא שמן קרקעות גובה מלוה ע"פ, אם מכר היורש הקרקע ויש בידו מעות שלקח עבור הקרקעות שירש אם גובה הבע"ח מן המעות של המלוה ע"פ, מי אמרינן כיון שהקרקעות היו משועבדים לשלם מהם אף המעות הבאים מהם יכול הבע"ח לגבות מהם

משום

משום דמה לי הן ומה לי דמיהן, או כיון דעכשיו אין זה קרקע יש להם דין מטלטלין שלא משעבדי לבע"ח לפי דינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח. וכן יש להסתפק לדידן אחר תקנת הגאונים שגובים גם ממטלטלין של היורשים אם מכר הנשאר מאביו וקבל עבורם מעות אם גובה הבע"ח מאותן המעות, מי אמרינן הגם שנאמר שהמעות שנתקבלו עבור קרקע אינם כקרקע לפי שאזלינן בתר דידהו שהמעות מטלטלין נינהו, מ"מ לא גריעי מכל מטלטלין הנשאר מאביו שגובים מן היורשים לדידן בתר תקנת הגאונים, או נאמר שהני מעות כיון שהמה לא נשארו מאביהם לא חייל עלייהו שיעבוד כלל. — והנה מצינו בזה מחלוקת הראשונים והוא שהרא"ש בריש פ' מי שמת בב"ב הביא דעת הרב האי גאון שהא דאמרינן יתומים שמכרו בנכסי מועטים מה שמכרו מכרו, הוא דווקא לדינא דגמ' שתנאי כתובה אין נגבה ממטלטלים, ולכן כיון דהמכירה חלה ועל המעות אין חל שום שיעבוד של המזונות דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ובפרט שתנאי כתובה אפילו מניה לא גבי ממטלטלין מדינא דגמ', אבל לדידן דתקינו שגובין ממטלטלין גובין מהדמים שקבלו היתומים ממכירת הקרקעות, אמנם הרא"ש שם חלק ע"ז וכתב שדברי רב האי תמוהין דהכי זוזי לא אשתעבדו לבנות, אלא שיעבודן הוא על נכסי אביהן וכיון שמכרו ואין יכולים לטרוף מהן הפסידו, וא"כ דעת הרא"ש שהמעות שבאו ממה שמכרו קרקעות גריעי גם ממטלטלין ולא חל עלייהו שום שיעבוד אפילו לדידן שגובין מן המטלטלין, משום דלא הני מעות שבק אבוהון:

ובאמת דעת התוספות כתובות (נ"ז א' ד"ה וכמך) שהקשו מאי נפקא מינה לה אם תמכור למזונות או לכתובה, ותירצו שנ"מ אם תנשא אחר המכירה למזונות, שמזונות אז אין לה אחר נישואיה ולא תוכל לגבות מהן לכתובה דהא מטלטלין נינהו, וא"כ מוכח דעת התוס' שמעות הבאים ממכירה של קרקעות דין מטלטלין להם, ולענין זה אנו אומרים שהוה כמטלטלין של אביהם, ודעתם שלא אמרינן כשיטת הרא"ש שאפי' אם גובין ממטלטלין, מהני מעות שבאו ממכירה אין גובין משום דלאו הני מעות שבק אבוהון, דהא התוס' לא כתבו רק משום דמטלטלי נינהו אבל לא כתבו דגריעי ממטלטלין ועלייהו אין שום שיעבוד, ואי"ה בדברינו לקמן נכתוב מה שיש לחלק בדברי התוספות אלו ולומר שבזה שלדברי התוס' יש לומר שגם הרא"ש מודה שנחשב כמטלטלין של המוריש, כאשר יבואר (באות ז') בע"ה:

ג) **והנה** דין זה אם המעות הבאים ממכירת קרקע שמכרו היורשים יכול בע"ח לגבות מהם נמצא גם להרא"ש בתשובה (כלל ע"ט סי' י') וז"ל שם, ויתומים שמכרו בנכסי אביהם וילאו על אביהם בעלי חובות ואינן יכולים לגבות מן הלקוחות, אין בע"ח יכולים לגבות מן המעות האלו מן היתומים כי שלהן מכרו כו' יעו"ש, וכתב עוד והמעות שקבלו לא נשתעבדו לבע"ח מעולם ואע"פ שבאים מכח קרקע לענין טריפת בע"ח, ודמיא להא דאמר רמי בר חמא בפסחים (דף ל"א) ראובן שמכר שדה לשמעון כו' ומת ראובן ואתא בע"ח דראובן כו' ופייסיה שמעון בזוזי דינא הוא דאתו בני ראובן ואמרי לשמעון אנן מטלטלי שביק אבון גבך ומטלטלי לבע"ח לא משתעבדי, אלמא שאלו המעות שהן דמי הקרקע שמכר לו באחריות אין יכול לעכבן בשביל הקרקע, כש"כ בנדון זה שמכרו היתומים כו' שלא נכנסו המעות לשעבוד בע"ח תחת הקרקע, עכ"ל הרא"ש בתשו', ודברי הרא"ש צריך ביאור לענ"ד, הא פסק כאן שהמעות משועבדים לבע"ח אפילו לדידן, וא"כ צריך לומר שהמה גריעי ממטלטלין הנשאר מאביהן וכמו שכ' הרא"ש בריש פ' מי שמת שהבאנו לעיל, ובתר הכי הוצרך הרא"ש להביא ראיה שאינם כקרקע מהאי מימרא דרמי ב"ח בפסחים הנ"ל דאמרי בני ראובן אנן מטלטלי שביק אבון גבך ומטלטלי לבע"ח לא משתעבדי, ומהאי הוכחה אינה רק שאינם כקרקע, אבל מנין לנו לומר שאינן אפילו כמטלטלי הנשאר מהמורים, וצריך לומר בכוונת הרא"ש שהא פשיטא ליה מצד הסברא שאינם כמטלטלין שנשאר מאביהם משום דלאו הני מעות שבק אבוהון, מ"מ נסתפק אם הבא מן הקרקע תמורתן חשוב כמו הדבר שבא ממנו משום דמה לי הן מה לי דמיהן, וע"ז הביא ראיה דלא חשוב כהאי מלתא שבא מכח זה מדלא נחשב כקרקע גבי ראובן שמכר שדה לשמעון וזקפו עליו במלוה בהא דפסחים הנ"ל, וכיון דלא חשוב כהדבר הבא תמורתו, ממילא הוסכם להרא"ש מצד הסברא הישרה, שהמה גריעי ממטלטלין הנשאר מאביהם משום דלא הני מעות שביק אבוהון ועליהם לא היה מעולם שום שיעבוד. — אמנם בעיקר הוכחת דברי הרא"ש שהוכיח שהמעות הבא ממכירת הקרקע לא נחשב כקרקע מהא דאמרינן (פ' כל שעה ל"א ע"א) דעל מעות המכר שחייב שמעון אמרי בני ראובן אנן מטלטלין שביק אבון גבך, הרי שאף שהמעות המה תמורת הקרקע שמכר אפ"ה חשיב זה כמטלטלין ולא אמרינן דהוה כקרקע משום שהמה באים תמורת הקרקע, לענ"ד הרבה חלוק זה מענין הנדון של הרא"ש, שיש לומר שבהא דהמוכר נכסי אביו הקרקעות שפיר נאמר ע"ז דחשיבי כקרקע לענין שיעבודם של הבע"ח של אביו עליהם כיון שבאים מן הקרקע של אביו שחל שיעבוד חוב אביו עליהם, אך זה דווקא במקום שאצל היתומים נעשה השתנות זה מקרקע למטלטלין, לכן נאמר שהשיעבוד שחל על היתומים לפרוע חוב אביהם מהקרקע שהשאיר לבנו חל גם על המעות הבאים מן תמורת הקרקע, משא"כ בהא דפסחים שם נעשה השינוי מהקרקע למטלטלין בחיי אביהם, וכשירשו הבנים אז כבר היה זה מטלטלים, ולכן כל אשר הועתק ובא לרשות אחר, הן יורש או מקבל מתנה וכדומה והיה אז מטלטלין שפיר נידון זה כמטלטלין דלא חל שיעבודא על היורשים וכדומה:

ד) **והנה** זה מכבר העירותי היאך יהיה הדין במי שהניח לו אביו פירות המחוברים לקרקע שדינם כקרקע לענין שמשועבדים המה לכל בע"ח אביהם, ואח"כ תלשן היורש אם ניגבים המה לבע"ח לפי שחל עליהם השיעבוד טרם נתהוו מטלטלין (לפי דין התלמוד שמטלטלין לא משתעבדי לבע"ח), או שנדון אותם כמו שהמה עתה שנתהוו מטלטלין, ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח. — ולבאורה נראה לדקדק מהא דאיתא כתובות (נ' ע"ב) ההוא דאתא לקמיה דרב יוסף ואמר הבו לה מתמרי דעל בודיא, א"ל אביי אלו בע"ח כה"ג מי הוה יהיב ליה מר, א"ל דחזיא לבודיא קאמינא, סוף סוף כל העומד לגזוז כגזוז דמי, דצריכא לדיקלא קאמינא, ואלו מהכי דלא צריכי א"א לגבות מהם אע"פ שקודם היו צריכי לדיקלא, שזה דוחק לומר שביאתם לב"ד היה תומ"י בעת מיתת אביהם ממש באופן שהיה שבעת מיתתו לא היו צריכים לדיקלא, רק סתמא משמע שבאו אח"כ לדין, וא"כ בעוד שהיו צריכי לדיקלא חל עליהם השיעבוד, ואפ"ה אמרינן שבתר הכי כשהמה עומדים לקצור שחשובים כתלוש דין מטלטלים עליהם ולא משתעבדי לבע"ח. — אך לפ"ז קשה לענ"ד לישנא דגמ' בכתובות (פ"ב ע"א) בשומרת יבם שהדין שכל נכסי הבעל משועבדים לכתובתה ורק היבם אוכל פירות דאיתא במתניתין שם וחכ"א המחוברים לקרקע שלו ופריך הגמ' והא כל נכסים אחראין וערבאין לכתובתה ומשני הגמ' אמר ר"ל תני שלה, ובסיפא קתני והתלושין מן הקרקע כל הקודם בהם זכה קדם הוא זכה קדמה היא זכתה וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות, ובמחוברים לקרקע בתנאי קתני שלה ומשמע שגם אם יקדם הוא ויתלשם לא יועיל זה לאפוקי משיעבוד, ואמאי כיון שהוא יקדם ויתלשם ויעשה אותם למטלטלין נפקע מהם השיעבוד, וביותר קשיא לי הא דקתני סתמא שלה ולא אמרינן שצריכה לתלוש אותם קודם

שיהיו

שיהיו עומדים לקצור, שהרי בעת שיעמוד הפירות המחוברים עד שיהיו עומדים לקצור ויהיה להם אז דין מטלטלין וממילא תבטל מהם השיעבוד, וא"כ נראה מכאן שכל שחל עליהם השיעבוד בעוד שהיה עליהם דין קרקע של היורשים לא נפקע מהם השיעבוד גם כשיהיו נעשים מטלטלים. — ואפשר שיש ליישב מה שהקשינו מהא דמחוברים לקרקע שלה ולא מחלקינן בין אם תלשן היבם או שנשארו על הקרקע עד שנעשו עומדים לתלוש שכתלושין דמי, משום כי היכי שמצינו באשה שמוכרת הקרקע לגביית מזונותיה הגם שהמעות מן מכירת הקרקע מטלטלין נינהו וכמו שכתבו התוס' בכתובות (בדף נ"ז) שאין כתובה גובה מזה, אפ"ה למזונות לוקחים מזה, הגם שהמזונות ג"כ אין נגבה ממטלטלין, מ"מ כיון שנמכרה הקרקע למען חוב מזונות חשיב זה כגבוי מעת המכירה לחוב זה שלמזונות לימים הבאים לכל שנה ושנה חדשים, הגם שבעת המכירה לא הגיעה לה החוב ממזונות שיבא אח"כ, לפי שכן תיקנו חכמים לגבות באופן זה, ה"נ נימא בהא דשומרת יבם כיון שכן תיקנו חכמים לאלם שיעבודה על כל הנכסים אפי' ביותר מכדי שיעור שיהיו אחראין וערבאין לכתובתה, ולכן תומ"י שמת בעלה חל השיעבוד על כל הנכסים המחוברים לקרקע שחל עליהם השיעבוד, והתליישה צריכה להיות למען זכות שיעבודה, ונעשה זה כגבוי לענין שגם אם אח"כ יעשה מזה מטלטלין אפ"ה חל שיעבודה:

עוד אפשר לומר גם שלא נחלק שבמקום יבום שאני, שחוב מזונות חלוק משארי חובות דבמזונות כיון שאין החוב ברור שמא תמות או תנשא וכן למזונות הבנות שכל זמן שלא בא העת לגבות מזונות לא מיקרי השיעבוד שיעבוד מוחלט, ולכן כל שנעשה מהמחובר לקרקע מטלטלין נפקע מהם השיעבוד שכיון שבעת שבאו לגבות מהן המה נעשו מטלטלין, משא"כ לענין כתובה או לענין שארי חובות שחל החוב בהחלט בעת מיתת הבעל, או החייב בחוב, לכן כאן שמת הבעל ונפלה לפני היבם שחל השיעבוד על הנכסים שיהיו מוכנים על שיעבוד הכתובה לקנות מהם קרקע, ולכן כל שחל עליהם השיעבוד לא נפקע, ולכן בהא שבפ' האשה שנפלו שחל עליהם שיעבוד הכתובה בעת שהיה מחובר לקרקע לכן גם שנתלש אח"כ לא נפקע השיעבוד שחל עליהם בעוד שהיו מחוברים לקרקע, משא"כ בהא שמצינו (בכתובות נ"א) לענין מזונות שפיר נאמר שכל זמן שלא בא לידי גביה עד שנעשו מטלטלין דין מטלטלין להם, ועכ"פ מוכח מזה החילוק שכתבתי לעיל על הראיה שהביא הרא"ש בתשובה שאין לומר שהבא מן הקרקע כקרקע דמי מהא דרמי בר חמא בפסחים דאמרי בני ראובן אנן מטלטלין שבוק אבון גבך, וכתבתי שאין ראיה משם משום שנעשה בעוד אביהם היה חי ואח"כ בא ליד היורשים, והוא כמש"כ והוכחנו בהא דמחוברים לקרקע (בכתובות פ"א) ששם כיון שהיה מחובר לקרקע בעת מיתת הבעל לא נפקע מזה דין קרקע גם כשיתלש אח"כ אחרי מיתת הבעל, אבל אם נתלש בחיי הבעל ואח"כ מת מלתא דפשיטא הוא דהוה מטלטלין:

ה) **ולמש"כ** לחלק בין חיוב כתובה לענין מזונות, שפיר נוכל לומר שלענין שארי חובות כל שמכרו היורשים את הקרקע של אביהם חל על המעות דין השיעבוד שהיה על הקרקע ועל היורש מוטל לפרוע מהם, אך מש"כ רבינו האי גאון שלכך אין ניזונין הבנות מן המעות שנמכרו הקרקעות דאמרינן יתומים שמכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו משום שהמעות מטלטלין נינהו ואין גובין מן מטלטלי דיתמי ולדידן דגובין ממטלטלין גם מהמעות ניזונות, יש לומר שלענין מזונות שאני משום שהחוב לא נגמר השיעבוד עד שעת גביה, ולכן כל זמן שבעת הגביה נעשה מטלטלין היינו שנמכרו הקרקעות שפיר חשיב מטלטלין, אבל לשארי חובות הבאים על היתומים שהיה קרקע אביהם בידיהם ואח"כ מכרו הם, שפיר יש לומר שגובים אח"כ מהם מן המעות שבידם כיון שחל עליהם החוב בעת שהיה קרקע לא נפקע מן המעות כשנעשה מהם מטלטלין. ובאמת לענ"ד מוכח שדעת רש"י כן הוא בב"ק (י"ד ע"ב) דאמר שם בפני ב"ד פרט למוכר נכסיו ואח"כ בא לב"ד, ופירש"י שם פרט למוכר נכסיו ואכלה המעות ובא לב"ד שאין ב"ד גובה מן הלקוחות, ומדהוסיף רש"י בלשונו הטהור ואכלה המעות משמע שאם לא אכלה המעות היה גובה מן המעות ואף שהם מטלטלין, ובמתניתין קתני ושוה כסף דמינה דייקינן ומביא הגמרא הברייתא דמפרש למתניתין שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות ומוקמינן בגמ' דביתמי עסקינן משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, א"כ מוכח מדברי רש"י שאם המעות ממכירת הקרקעות היה בעין שלא אכלם, היו ב"ד גובין מהמעות אפי' מיתמי, וא"כ דעת רש"י שהמעות הבא ממכירת קרקע יש עליהם דין קרקע לענין גביה מיתומים. [הגה"ה ולכאורה היה אפשר לומר שלכך כתב רש"י ואכלה המעות משום שאם היה המעות היה צריך לשלם מגד מזיק שיעבודו של חברו ומטעם דקא משתרשי ליה וכמש"כ הש"ך (חו"מ סי' ק"ז ס"ק א') אך באמת יראה שאין זה כוונת רש"י דלמה היה לרש"י להזכיר זה דוכילה המעות שזה רק למ"ד מזיק שיעבודו של חברו חייב וזה קשה לומר שרש"י יסבור שהיכא דקא משתרשי ליה כו"ע מודו, דהא במותל שע"ה משמע שם בגמ' (כתובות פ"ו א') ובתוס' שם דלמאן דלא דאין דינא דגרמי גם במותל לעצמו דקא משתרשי ליה פטור, ועוד שלשון „ואכלה המעות" לשון המעות משמע שהכוונה הוא למעות הידועים היינו אותם שקבל עבור הנכסים ואם מטעם מזיק שיעבודו היה לרש"י לומר ואין לו מעות ודו"ק, ע"כ]. וא"כ הרי דעת רש"י במה שמוכח מדבריו שמוכר קרקע המשועבדים לבע"ח חל על היתומים המוכרים חיוב לשלם מהמעות גם למ"ד מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח הוא נגד רבינו האי גאון שהבאנו לעיל לענין מזונות. — ולכאורה יקשה על דברי רש"י מהגמ' דיתומים שמכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו שמשמע שגם מהמעות שלקחו עבור הנכסים אין להבנות לגבות מהם לצורך חוב המזונות שלהם, מדחשבינן המכירה נזק להבנות והמשיא עלה ע"ז קרינן ליה רשע ערום וכמו שהוכיח הרא"ש ושארי ראשונים, ומיהו הגמ' יש ליישב ונאמר שדין זה הוא מחודש רק גבי מזונות הבנות דאקילו גבי חיוב זה שהוא רק תקנתא דרבנן, אך דעת רבינו האי שכתב ע"ז משום דמלוה ע"פ לא גבי ממטלטלי זה נראה שהיא נגד דעת רש"י, אמנם למש"כ לעיל החילוק בין חיוב מזונות לשארי חובות, מפני שחוב מזונות נחשב לא נגמר עד שעת גביה, וא"כ יש לומר שדעת רש"י לא יהיה נגד דעת רבינו האי גאון שהגאון לא אמר זאת רק גבי מזונות, אבל גבי שארי חובות שחל השיעבוד על הקרקע, לא נפקע במכירתן השיעבוד מן המעות שלקח עבורם. — אמנם דעת התוס' מבואר בכתובות (דף נ"ז ע"א) שהבאנו לעיל (אות ב') דאפילו גבי כתובה שהוא חוב מבורר, מ"מ אם נמכרו הנכסים אפילו ע"י האשה לצורך מזונות והמעות נשתיירו שלא הוצרכו למזונות, אין גובין מהמעות מפני שמטלטלי נינהו ומטלטלי לא משתעבדי לכתובה, וכן מוכח מדבריהם שאם היה הדין שממטלטלין גובין היה נגבה גם מהמעות שבא ממכירת נכסיו וכמו שדקדקנו לעיל שם, אך לפי זה ישאר מה שהוכחנו לעיל (אות ד') מהא דכתובות (דף פ"ב) מפירות המחוברים לקרקע שכל שחל על זה השיעבוד בעת שהיה קרקע לא נפקע השיעבוד גם אם נתהוה אח"כ מטלטלין, ומדוע כאן המעות שבא מהקרקע שנמכר חשיבי מטלטלין ואין גובין מזה לכתובה, ונראה לענ"ד לומר דהתם בפירות המחוברים שאותו דבר גופו נעשה מטלטלין בזה אמרינן שחל ע"ז השיעבוד שהיה עליו בעוד שהיה מחובר ולא נפקע מאת היורשים לפרוע מהם גם אח"כ כשיהא נעשה מטלטלים, משא"כ במעות שבא ממכירת קרקע שמלתא אחריתא היא ונהי שלענין זה אמרינן דהוה כנשאר מעות מאביהם שאם גובין ממטלטלין גם מהם גובין, מ"מ לענין זה

זה שיחשבו כקרקע כאותו הדבר שהיה מקודם שחל ע"ז השיעבוד , זאת אין אנו דנין כן משום דמ"מ מילתא אחריתא היא רק חשובים שנשארו מאביהם שהרי באו מן דבר שהיה של אביהם וראוי אין נחשב משום שאפשר לעשות אותן תמיד למכור הנכסים ולקח עבורם מעות — ובעלם מה שחלוק חיוב מזונות מחיוב כתובה ושארי חובות , זה נוכל לומר גם לשיטת התוספות כמש"כ לעיל *) :

י) **ובעצם** דין זה שכתבנו אם מן הדין נגבה חובות על פה הנשארים על היורשים מן המעות שבאו ממכירת קרקעות כשישנו המעות בעין , נראה לדקדק במה שמצינו בגמ' שרב אסי אמר ר' יוחנן חידש לנו הדין , שאמר יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו , ויש לעיין מהו החידוש שהשמיענו , אם זה הדין שהמכירה קיימת ואין טורפין מהם למזונות הבנות , זה הלא הוא משנה מפורשת אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים (גיטין מ"ח ע"ב) , ואם נאמר דהוה אמינא דהא דאין מוציאין מנכסים משועבדים למזון האשה והבנות הוא דווקא אם האב מכרן אבל היורשים אין להם רשות למכור מה שמשועבד למזון האשה והבנות והו"א דיכול לטרוף ממה שמכרו הם , הא כמי רבי אמרה להאי דינא (כתובות ס"ט ע"א) שהשיב לרב בהא דשלח ליה האחים ששיעבדו מהו והשיב לו רבי בין מכרו בין משכנו מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות , וא"כ מאי חדית לן רב אסי בשם ר' יוחנן בדינא של האחים שמכרו בנכסים מועטים שמה שמכרו מכרו , ולכאורה רציתי לומר שלפי שיטת רש"י יהיה החידוש דמה שמכרו מכרו ואין נגבה מהמעות שלקחו ממכירת הנכסים לצורך מזונות , שבשארי חובות הוה הדין שצריך לשלם להבע"ח מהמעות שלקחו מן מכירת הקרקעות המשועבדים לפרוע מהם חובות אביהם , ואלו בתקנתא דרבנן של נכסים מועטים כל שאין לפנינו אותם הנכסים ממש נפקע שיעבודם מהם ולא חל על המעות שלקחו תמורת הקרקעות , אך באמת לישנא דהאי מימרא מה שמכרו מכרו לא משמע הכי , רק שעיקר 'הרבותא הוא שהמכירה קיימת והבנות אין יכולות לבטלה , וכן משמע בגמ' פ' הנושא (ק"ג ע"א) דמקשינן מינה על דינא של הא דיתומים אין יכולים למכור מדור האלמנה ואם מכרו לא עשו ולא כלום , ופריך בגמ' מאי שנא מהא דאמר רב אסי אמר ר"י יתומים שמכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו , משמע שעיקר חדושא הוא מה שהמכירה נשארה בקיומה והבנות אין יכולות לבטלה , וא"כ צ"ע מה שדקדקנו הא רבי אמרה מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות :

ולכן נראה לענ"ד שמה שאמר רב אסי אמר ר"י האי דינא דיתומים שמכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו , עיקר הרבותא אע"פ שכאן על המעות אין חל שיעבוד לגבות מהם דמי מזונות וכמש"כ מקודם וא"כ מבטלים תקנת חכמים בהחלט ולכן בכה"ג ודאי שלכתחלה אין לו שום רשות למכור ולעקור תקנת חז"ל , וא"כ לכאורה היה ראוי שיהיה הדין בזה כי היכי דאמרינן בכתובות (פ"א ע"ב) כל היכא דאמור רבנן לא ליזבון אי זבין לא הוה זביני , ולכן אין דומה לכל המכירות של היורשים שיש עליהם מלוה ע"פ אע"פ שמפקיעין השיעבוד ע"י המכירה , מ"מ כיון שמן המעות מחויב לפרוע לא מיעקר בהמכירה תקנת חכמים וממילא אח"כ גם כשכילה את המעות ואין טורף ממשעבדי מ"מ נשאר המכירה קיימת , משא"כ במקום שאין חל השיעבוד על המעות ואין ממה לתן מזונות משארי נכסים כמו בהא דנכסים מועטים , והבנים אין להם זכות בהנכסים מועטים לקח לעצמם , וא"כ במכירתם מיעקר תקנת חכמים וראוי היה להיות שעבור זה תהיה בטלה המכירה , ואעפ"כ השמיענו ר' יוחנן שגם באופן זה אפ"ה מה שמכרו מכרו , ולכן מקשה מינה הגמ' אהא דמדור אלמנה שגם יש לה מתקנת חכמים זכות להיות בהמדור גופה ואין להם רשות לשכור דירה אחרת עבורה ולכן הוה הדין שאין להם רשות למכור ואם מכרו בטלה המכירה , משום שמבטלים תקנת חכמים וע"ז פריך הגמ' מ"ש מן נכסים מועטים . — ולשיטת הרא"ש שסובר שבכל החובות המוכר את הקרקע אין על היורש שום חיוב על הדמים , א"כ צ"ע לפי דבריו מה חידוש יש בדינא שהמציא ר' יוחנן ביתומים שמכרו בנכסים מועטים שמה שמכרו מכרו , הא כבר פסק לה רבי מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות ובכל החובות ע"פ כשמוכרין היתומים נפקעים מהם השיעבוד והמכירה קיימת , ונראה לומר שבכל מקום אשר שיעבוד הנכסים אין מסוים שזהו היה עבור שיעבודה למזונות בזה מלתא דפשיטא הוא שהמכירה חלה ואין מוציאין מנכסים משועבדים לצורך מזונות , אך בנכסים מועטים הוה אמינא כיון שע"פ תקנת חז"ל צריך להיות כל הנכסים משועבדים למזונות הבנות והבנים אין להם זכות בזה , היה ראוי לחזק שתהיה המכירה בטלה , וע"ז חדית לן ר' יוחנן שמה שמכרו מכרו , וזהו דמקשה הגמ' בכתובות אדינא דמדור אלמנה שהוא ג"כ דבר המסוים ומחמת זה בטלה המכירה , הגם שמדור הוא חלק מן מזונותיה ואפ"ה הגם שאין מוציאין למזונות מ"מ במדור לפי שהוא מסוים בטלה המכירה , וע"כ מקשה הגמ' שפיר מ"ש מנכסים מועטים , ומשני הגמ' דשם חל השיעבוד מחיים ונתברר השיעבוד עדיפא :

ז) **היוצא** מכל האמור לפי מש"כ דעת רש"י הוא שהמעות שלקחו היורשים תמורת הקרקעות צריכים מהם היורשים לשלם עבור חובות המורים שחל על הקרקעות , ובדעת רבינו האי גאון הגם שמוכח מדבריו שדין מטלטלין להם כתבנו שיש לומר שדווקא לענין חיוב מזונות אמרינן הכי אבל בשארי חובות יש לומר כפי שיטת רש"י שגם מהמעות ניגבה כמו מהקרקע ואמרינן מה לי הן מה לי דמיהם , רק שיטת התוס' בכתובות (דף נ"ז) מוכח ברור שגם לכתובה שהחוב ברור אין ניגבה מן המעות שבא ממכירת הקרקע , רק בשיטת הרא"ש יש דבר חדש שגם לדידן שגובין מן המטלטלין מ"מ הכי מעות חשבינן להו לחדתי ואינם בכלל נשאר מאביהם ואין עליהם שום זכות גביה כלל לחובות של אביהם . — ודין זה הובא ג"כ ברמב"ן בחידושיו למס' ב"ב וכתב ג"כ כשיטת הרא"ש שאפילו למאי דקיי"ל לדינא לדידן שגובין ממטלטלין , מ"מ ממעות שבא ממכירת קרקעות אין גובה דהני מעות לא שביק אבוהון , כן כתב בחידושיו לפ' מי שמת , ולכאורה מדברי התוס' הנ"ל בכתובות מוכח שחולקים ע"ז , שהרי כתבו שהטעם שאין גובה לכתובה ממעות של מכירת קרקע משום דמטלטלי נינהו , אבל אם מטלטלי היו ג"כ בהם דין שיעבוד לגבות חוב היה גובה מהן . — אמנם נראה לענ"ד לומר שאפשר שגם התוס' יודו לשיטת הרא"ש

---

*) הגה"ה אחרי שכתבתי כל זה מצאתי בירושלמי כתובות פרק ח' הלכה י' אהא דמחוברין לקרקע באם קדם היורש ותפס מוציאין מידו ומסיים שם ותני כן אילנות וקציצים זקנים ועבדים מוציאים מידן ועיין שם כל הסוגיא בירושלמי וגם פי' הקרבן עדה שפירושו מחוור יותר מפי' הפ"מ שם , וא"כ חזינן שם דעת הירושלמי שאם גבי יבם לא מהני מה שעשה המחובר למטלטלין ומוציאין מן היבם , אמנם לגבי בע"ח בכה"ג משמע מן הירושלמי שאין מוציאין מן היורש אם קדם ותפס , היינו שנעשו מטלטלין והשכן היורש רק ביבמה מפני שהורע כחה שבכתובתה רק על נכסי בעלה הראשון יפה כחה לענין זה , והוא כענין מש"כ לעיל שיש לומר דגבי יבם שאני שחזקו כחה שכל מה שחל ע"ז שיעבוד לא נפקע גם אח"כ כשנעשו מטלטלין . אמנם גבי בע"ח יש לעיין אם כשנעשו מהמחובר מטלטלין אם גובין מהם לפי דינא דגמרא , בי"ל דוקא אם תפס היורש אז אין מוציאין לבע"ח , אבל כשלא תפס יכול הבע"ח לגבות מזה גם כשנעשו אח"כ מטלטלין , וכן משמע מירושלמי הנ"ל ודו"ק :

הרא"ש והרמב"ן ז"ל שכל שמוכר מהנכסים גם לדידן שמטלטלי דיתמי גובין מהם לבע"ח, מ"מ אין גובה מהמעות, אך מה שהוצרכו התוס' לתן טעם שלכך אין גובה ממעות הנשאר ממה שמכרה למזונות על חוב כתובתה משום דמטלטלי נינהו הא בלא"ה אין גובה מהן משום דלאו הני מעות שבק אבוהון, יש לומר בזה דהני מילי דאמרינן שהמעות המה של היורשים ולא חשיבי נשארים מאביהם, הוא דווקא במקום שהיורש בעצמו מוכר והוא מוכר אדעתא שהמעות יהיה שייך לו, לכן שפיר נפקע בעת מכירת הקרקע של אביו שהיא משועבדת לפרוע ממנה חובות הבע"פ משום שאין גובין מנכסים משועבדים, והמעות נכנס ברשות היורשים ומעולם לא היה למורישם שום זכות על המעות אלו, משא"כ בהא דכתובות (דף נ"ז) שאם מכרה האשה בעצמה לצורך המזונות המגיע לה, וא"כ המעות עמדו בעת מכירתם למען שיפרעו מהם חיוב המזונות וא"כ המעות לא נפקעו מרשות המורים, ולכן לולא זה שנעשו מטלטלים אשר הדין דמטלטלי דיתמי לא משתעבדו לבע"ח וכתובה, היתה שפיר גובה כתובתה מהם, משא"כ היכא שהיתומים מוכרים קרקעות אביהם אשר כל זמן שלא גבה אותם הבע"ח המה בחזקת של היורשים וכשמוכרים את הקרקעות על דעת שהמעות שיהיה שלהם, וא"כ מעולם לא נכנסו המעות בענין שיעבוד ע"כ המעות המה שלהם ואין עליהם שום שיעבוד משום דלאו הני מעות שביק אביהם, ויכול להיות שהתוס' ג"כ מודו לסברת הרא"ש והרמב"ן וכנ"ל:

ח) **ועתה** נשוב לחקור לענין הנדון שלנו אשר נסתפקנו בתחלת (אות ד) בענין השור תם שאחר שהזיק אם הוזק אח"כ מאחר אם אותם הדמים שלוקח חשובים כגופו ויהיה זה שייך להניזק לגבות מהם, או לא חשוב זה כגופו של שור, וכן יש להסתפק אם בעל השור המזיק מכר את השור לאחר באופן שא"א לגבות מן השור אם מהדמים שלקח בעל השור המזיק יש להניזק לגבות מהם או לא, והנה לר' עקיבא דאמר יותלט השור והשור חשוב כאלו הוא השור של הניזק, אין לנו שום ספק בזה כיון שהוא שור שלו ממילא המעות שלקח עבור השור הן מצד המכירה והן מתשלומי נזקו שקבל מאת שהזיקו שייך זה להניזק כפי החלק שיש לו בהשור, אך במה אנו מסופקין אליבא דר' ישמעאל דאמר יוסם השור ורק שיעבוד יש להניזק עליו לגבות מגופו, אם חשיבי המעות כגופו של השור או לא. והנה התוס' כתבו מפורש (ב"ק מ' ע"ב) ד"ה הוה, בשלמא לר' ישמעאל דאמר בע"ח הוא ניחא דהיכא למימר דהוה אכלנא ליה התם או מזבנינא ליה ולא הוה אלא כמזיק שיעבודו של חברו ופטור, וא"כ מוכח שאין צריך לשלם לא עבור מה שנהנה מן הבשר ולא עבור המעות שלקח מן המכירה לשלם לו להניזק כי אין זה גופו, וא"כ יש לומר לכאורה שגם המעות שלקח עבור הנזק ג"כ אין צריך לשלם זה להניזק שאין זה גופו, ולכאורה יהיה תלוי דין זה בהך פלוגתא דרבוותא שהבאנו לעיל שלדעת הרא"ש והרמב"ן שכל המעות הנלקח עבור מה שנשאר מאביהם אין גובין מזה לבע"ח דלאו הני מעות שביק אבוהון בודאי כל המעות הנקח מן השור אינם נחשבים כגופו של שור, אמנם לדעת רש"י שכתבנו לעיל שהמעות חשוב כגופו של קרקע ה"ה דגם המעות הנלקח עבור תשלום נזקי השור כשישנם ביד המזיק חשוב כשור גופו ויגבה מהן הניזק, ולדעת התוס' שהבאנו לעיל בחבובים המעות שהמה של המורים רק שירד עליהם דין מטלטלין, יש לומר שחשובים כגופו של דבר הנמכר, רק מה שנחשב כמטלטלין משום שזה דומה כאלו גוף המחובר נעשה א"כ מטלטלין, ולכן הכא יש לומר שחשוב זה כגופו של שור, אך ע"פ זה יהיה סתירה בדעת התוס', שמכתובות הוכחנו דעת התוספות שחשובים מטלטלין של המורים, והלו הכא בב"ק (מ' ע"ב) מבואר בדבריהם שהמעות שלוקח עבור המכירה של השור אין גובה מהן הניזק, ומיהו יש לומר להשוות שיטת התוס' שהמעות שלוקח עבור תמורת הדבר הנמכר אין נחשב כגוף הדבר הנמכר, רק מש"כ התוס' (בכתובות נ"ז) דהוה מטלטלין ולא משתעבדו לכתובה, ולולא זה נחשבים המה של המורים, יש לומר שבאמת אין נחשבים כגופו רק לפי שבא מסיבת דבר של המורים חשבינן זה לנכסי המורים, והמה נחשבים כמו שבא איזה זכות לאחר מותו של המורים להמורים שאם הדין שנוטל בראוי, בע"ח גובה מזה, ומ"מ גופו אין זה נקרא רק שהוא מעות של המזיק, ומעתה יש לדון לענין התשלום נזק שלוקח עבור השור המזיק שניזוק אחרי שהזיק מקודם לאחר, אם חשוב זה כגופו שיגבה מזה הניזק הראשון או לא:

ט) **ונראה** לענ"ד להעיר ראיה שדמים הבאים מן מכירת הדבר אין נחשב כגוף הדבר, מהא דאיתא בערכין (דף כ' ע"ב) באומר שור זה לכשיבואו דמיו יקדשו ופריך שם הגמ' והא אין מקדיש דבר שלא בא לעולם, והתוס' הביאו זה בגיטין (דף מ"ו ע"א) ד"ה דמי חמרא, ואם נאמר שדמים הבאים מן מכירת הדבר נחשב זה כגוף הדבר למה יחשב זה דבר שלא בא לעולם, הא השור ישנו בעולם, וניחזי אנן אם הקדיש את השור לאחר זמן כשיהיה הזדמנות זו, הלא ודאי דחל הקדש שכל שיכול להקדישו עכשיו יכול להקדישו לאחר זמן, וה"נ נימא במקדיש דמי שור לכשיבואו דמיו, נאמר שזה מקרי מקדיש שור זה לאחר זמן ויהיה חל ההקדש, ולמה קרי הגמ' לזה דבר שלא בא לעולם, אלא רואין אנו מזה שדמים שבאים עבור איזה דבר מקרי זה דבר אחר, ולא הגוף הראשון. ומ"מ יש לדון על ראיה זו, דבלא"ה יש להבין דברי הגמ' למה קרי הגמ' זה דבר שלא בא לעולם ואין יכול להקדישו הא קיי"ל כל שבידו לא מיקרי מחוסר מעשה וכיון שבידו למכור השור הזה בכל עת שירצה ויבואו דמיו, ולמה לא יחול ההקדש על דמי השור לכשיבואו, ונראה לענ"ד לומר בהסברת הדבר משום דענין הקדש הוא חלות על גוף הדבר שם הקדושה שנעשה הדבר קדוש, וא"כ באומר לכשיבואו דמיו יקדשו, הכונה היא שהדמים שיבואו לאחר שימכור השור ויבואו דמיו יקדשו אותם הדמים, וע"כ שפיר נאמר שאותם הדמים הוי דבר שלא בא לעולם, וע"כ לא נוכל לבוא על הדמים מטעם שבידו למכור השור בכל עת שירצה ויקח הדמים עבורו, מ"מ אותם הדמים שיבואו שמקדיש עתה אותם, המה אין בידו, דכי בידו לקח אותם הדמים עבור שורו בכל עת שירצה, כי זה ביד הקונה תלוי שירצה לקנות ולתן אותם הדמים, וביד המוכר הוא רק להשיג עבורו דמים ולא אותן הדמים, והקדש צריך לחול על דבר פרטי מסוים, וזה אין בידו לכן שפיר הוה לא בא לעולם. — ומעתה אין לזה דמיון למה שאנו דנין אם דבר הבא תמורת השור כגופו דמי, שיש לומר דאין הכי נמי שכגופו חשיב לענין כל החיובים, מ"מ כיון שאותו הדבר הוא דבר שאינו בגופו של השור או דבר אחר הנמכר, רק בא ממקום אחר לא נתברר מקודם מה שיבאו תמורת הדבר שישנו לפנינו מקרי שפיר דבר שלא בא לעולם, ולכן דמי שור או דמי חמרא הוה דבר שלא בא לעולם אבל לענין דידן אין מכאן ראיה:

י) **אמנם** מדברי הנימוקי יוסף נראה לענ"ד להוכיח שתשלום הנזק שלוקח עבור המזיק שניזוק אחרי שהזיק הוא חשוב זה כגופו, שהנימוק"י כתב במשנה דשני שוורים תמין כו' וזה לשונו, ורהוי שתדע דכי אמרינן משלמים במותר חלי נזק דווקא במאי דיכולים להשתלומי מהדדי, דחזינן שיעור מאי דאית ליה לכל חד להשתלומי מחבריה, כגון אם שור תם שוה מאתים נגח לשור תם שוה מנה והכחישו במוגים, וחזר האחרון והכחישו לראשון מנה, אם נאמר נוליא ארבעים שחייב הראשון חלי נזק כנגד ארבעים מן החלי נזק שחייב האחרון הוא חמשים מחלה מן המנה שהזיק

שהזיק האחרון לראשון, ויגבה הראשון מן האחרון עשרה דינרין מותר חצי נזקו לקתה מדת הדין, שהרי האחרון אין לו לשלם רק כ' דינרין כפי שויו שהתם אין משלם אלא מגופו, והראשון שהכחישו שמונים, להאחרון עדיין שוה מנה והאחרון יכול לאשתלומי מיניה חצי נזקו שהוא ארבעים, ולפיכך דין הוא שגוליא עשרים כנגד עשרים מאי דאיכא לאשתלומי מהדדי כו' יעו"ש, ומדדייק הנימוק"י כה"ג ולא כתב סתמא כגון שאחד שהיה שוה מנה הזיק לחברו שוה ר' במנה והשני להראשון בשמונים שלא שוה רק כ' שהדין כך, ורק כתב הנ"י דווקא באופן זה שהשור שהוזק בשמונים ונשאר בשויו כ' הוא היה השני בהיזיקו להראשון במנה, ובאמת אדרבה שכיח לאשכוחי שהחזק יזיק להחלש ביותר והיה לו לכתוב שהשור שוה ק' לאחר הנזק הזיק להשור שוה ק' בשמונים ונשאר רק כ' בשויו, ומדדייק רק לכתוב בכה"ג שהשור שניזק ונפחת שויו עד שאין שוה רק כ' הוא היה השני שהזיק להשור שוה מאתים והזיקו במנה, מכלל דס"ל שדינו הוא דווקא בכה"ג שבעת שנגח להשור שוה מאתים בק' אז לא היה שוה רק עשרים, אבל אם ההיפך שהשור שוה ק' הזיק להשור שוה ר' במנה, ואח"כ הזיקו השור הניזוק שוה לאחר שניזוק ק' להשור שוה ק' בשמונים ונשאר רק בשווי של כ' מ"מ חזי לאשתלומי מיניה כל החמשים שמגיע לשלם מחמת שהזיק מתחלה להשור שוה ר' בק' ואז היה שוה מנה, ואח"כ כשהוזק מאת השור הניזוק בשמונים ויקח ממנו ארבעים בצירוף שווי שלו עשרים ישנו להשור ששים דינרין ויקח הניזוק הראשון מזה את החמשים המגיע לו, וינכה לו ארבעים שחייב לו ויתן לו עשרה המותר דהמעות שצריך לשלם לו עבור נזקו חשוב ג"כ כגופו, והנימוק"י בעצמו ס"ל בריש פ' מי שמת כשיטת הרמב"ן שהמוכר נכסיו שירש מאביו הן קרקעות והן מטלטלין אין גובה מהמעות אפילו לדידן דאית לן שגובין מן המטלטלין משום דלאו הני זוזי שביק אבוהון, וא"כ ה"נ היאך גובה חצי נזקו מן המעות שצריך השני לשלם להראשון הא אין זה גופו, וא"כ קשה אהדדי:

ונראה לענ"ד לומר שיש חילוק היכא שמוכר הנכסים שנשאר מאביו שמפקיע השיעבוד וכוונתו למכור שיהיה המעות לו, אין חל על המעות שום שיעבוד משום דהני מעות לא שביק אבוהון, משא"כ בנידון של החצי נזק שהוזק אח"כ כיון שחיוב תשלומין חל ממילא ושום אדם לא הפקיע זה, שפיר חשיב כגופו, ועפ"ז אתי שפיר טפי שדברי התוס' שכתבנו לעיל בדברינו שבב"ק (דף מ' ע"ב) אינם מנגדים לדברי התוס' בכתובות (נ"ז א') משום ששם בכתובות לא הפקיע שום אדם השיעבוד מן מעות המכירה שהרי היורשים לא מכרו ולא נתכוונו לזכות בעצמם בעת המכירה המעות, ולכן שפיר חל על המעות שיעבוד החוב אם היה הדין שנגבה מן המטלטלין רק לפי שאין גובין מן מטלטלין, וזה נחשב כנעשה מטלטלין ממילא, ולכן מדינא דגמ' אין גובין חובות מזה מפני שמטלטלין דיתמי לא משתעבד לבע"ח ולכתובה, ולדידן בכה"ג היה גובה מהן לבע"ח ולכתובה, משא"כ בב"ק שהוא מוכר בכוונה להשור, באופן שיהיה המעות לעצמו נפקע השיעבוד מן המעות, פירושו שלא חל מתחלה על המעות שום שיעבוד והיורש זוכה בהמעות, ואין נחשב זה במקום השור, אבל במקום שהוזקו נכסיו מאחר, אז התשלום שיצטרך המזיק לשלם להניזק נכנס כדין של גוף הדבר שניזק, והשיעבוד שהיה על עצם הדבר חל אח"כ גם על התשלום ודו"ק:

יא) **ומדי** דברי בענין זה אמרתי אכתוב מה שיש להעיר בדברי הר"ן שכתב בכתובות בפ' אלמנה ד"ה אמר להו, שכתב שם הא דאמרינן בגמ' מוכרת עד כדי כתובתה שעלה טובה קמ"ל שלא תמכור הכל לצורך מזונות, שאם תעשה כן אפשר שיבוא בע"ח מלוה בשטר ויטרוף הדמים מיד הלקוחות ואינה יכולה לחזור לטורפן מחמת כתובתה דהוה לה מטלטלי ולא משתעבדי לכתובה כו' יעו"ש, ואני תמה בזה הא כמו שאינה יכולה לטרוף המעות לכתובתה המוקדמת מהמעות שביד הלוקח מפני שמטלטלין לא משתעבדי לכתובתה, הא כמו כן גם המלוה בשטר לא יוכל לטרוף מן המעות שביד הלוקח משום דמטלטלין נינהו ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, דזה מוכח דהר"ן סובר שמטלטלין שבאו ממכירת הקרקע יש לזה דין מטלטלין דיתמי, וא"כ איך יכול לגבות מהמעות המלוה בשטר הא זה דמי למה שאמרו בפסחים (דף ל"א) בהא דראובן שמכר שדה לשמעון וכו' דאמרי בני ראובן אנן מטלטלין שביק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי. ונראה לענ"ד ליישב זאת והוא דהתם שאביהם מכר השדה ולכן הגם שהבע"ח יכול לטרוף השדה, מ"מ המעות לא יוכל הבע"ח לגבות אותם משום שהמה הוה מטלטלין כיון שאינו טורף להשדה ועצם המכירה נשארה, משא"כ כאן שהאלמנה מכרה אמרינן כל שבא מלוה בשטר המוקדם לחוב של המזונות שפיר יכול לומר כיון ששטרי מוקדם ודין גביית השדה שייך לי אני הנני משאיר המכירה שמכרה האלמנה לחובי ומקבל אני המעות תמורת המכירה, יען שמכירתה היא בתורת שליח ב"ד וחשבינן לה למכירה למה שראוי להמכר לפרעון חובות, והא שאין יכולה לגבות לכתובתה מהמעות, הוא מצד כיון שהיא מכרה את השדה והמכירה מצידה קיימת, דאמרינן אחריות דנפשה קבלה עליה וא"כ המכירה נשארה בתוקפה מצידה, ורק באו מעות מן המכירה והמעות נשארו מטלטלין, ולכן אין יכולה לגבות לכתובתה משום שחשוב מטלטלי דיתמי כי היא אין יכולה לשנות המכירה שתחשב לכתובתה, ובאמת בנידון זה הבע"ח הוא מוכרח לקח המעות דווקא מהלוקח, כי אם לא היה גובה המעות רק עצם השדה אז לא היה נשארה אצלו השדה, שהרי האשה היתה טורפת מן הבע"ח השדה דמה שהיא מכרה השדה למזונות בדין שהיתה יכולה לטרוף אח"כ לכתובתה, רק משום דאמרינן אחריות דנפשה קבלה עליה, וא"כ זה דומה למה שאמרו לעיל בגמ' (דף נ"ה), באשה שכתבה ללוקח דין ודברים אין לי עמך, שהשניה מוציאה מן הלוקח והראשונה מן השניה והלוקח מן הראשונה וכו' עד שיעשו פשרה, וה"נ כן היה אם הבע"ח יטרוף השדה שנמכר למזונות מן הלוקח ואז תטרוף האשה עבור כתובתה המוקדמת מן הבע"ח והלוקח מן האשה מפני שהיא מכרה לו ואחריות דנפשה קבלה עליה, אבל כשבא על המעות, ובעלת הכתובה כיון שהיא עשתה מן השדה שנמכרה למזונות מטלטלין, היינו שעשתה מזה מעות אין יכולה לתבוע מהם, משא"כ גבי הבע"ח כיון שהוא לא מכר חשבינן עתה כאלו המעות עומדים במקום הקרקע וגובה מזה, זהו הנראה לענ"ד בדברי הר"ן, והוא דבר חדש. אבל זה מוכח מדברי הירושלמי (בפ' אלמנה הל' ג') ר' יוסי אומר מוכרת סתם ובזו כחה מיופה באת מלוה בעדים אומרת למזונות מכרתי, באת מלוה בשטר אומרת לכתובה מכרתי, מכל זה מוכח שאם בא מלוה בשטר ותאמר שמכרה למזונות אז יגבה המלוה מן המעות שביד הלוקח. — עוד נראה לענ"ד לומר באופן אחר, שהענין שנחשב דמי המכירה מן הקרקע למטלטלין, הוא מועיל לגבי דידה שמכרה למזונות, וכן מועיל לגבי בע"ח של אביו, רק מה דחיישינן כאן הוא מטעם אחר כיון דהבע"ח יכול לטרוף השדה, והוא הלוקח יבא לפלות את הבע"ח שלא יטרוף ממנו השדה בהמעות שיש ת"י, כיון דקיי"ל ארמלתא דזבין אחריות איתמי, וכיון דהחוב נעשה עתה אמרינן שהחוב של פלוי אחריות מהמכירה שנעשה אחר מיתת המורישם ע"י היתומים או ע"י ב"ד שבאים בתורת בעה"ב על מעות היתומים או האלמנה שיש להם כח זה, חשוב זה חוב חדש וחל גם על המטלטלין שנעשה ממעות מורישם, וכיון שבידו הוא יכול לעכב לצורך פלוי של המכירה שבאו לטרוף ממנו, הא זה דומה לבע"ח הרבה שבאו על מטלטלין

מטלטלין שקדם אחד ותפס אין מוציאין מידו, וזהו כוונת הירושלמי באת מלוה בעדים אומרת למזונות מכרתי שחשוב זה כגבוי על חוב זה של האשה, ועוד שכל גבי חיב אחר נחשב זה מטלטלין ואין יכול המלוה בעדים לגבות מזה, באת מלוה בשטר ובזה אם תאמר שמכרה למזונות הלא יטרוף הבע"ח השדה, ואז יפנה הלוקח במעות אלו ויתפוס אותם עבור חוב שיעבודו, שמוטל עתה על היתומים ממעות אביהם, והיא לא תוכל לגבות הכתובה ממנו מפני שאחריות דנפשה קבלה, ע"כ טוב יותר לפניה שתאמר אז לכתובה מכרתי :

וראיתי להתומים (בסי' ק"ז ס"ק ז') על מחלוקת הפוסקים שיש שם בסעיף ד' אם מכר היורש נכסי אביו ואין בע"ח יכול לטרוף מהם כגון שמכרם לאלם וכדומה אם גובה מהדמים, או אין גובה, ומ"ד גובה יש בזה שני טעמים ואחד מהן משום מזיק שיעבודו של חברו מדינא דגרמי, וכתב שם התומים, ונראה דאם הדמים ביד לוקח עדיין יכול לעכב ומביא ראי' מד' הר"ן שמפרש לירושלמי הנ"ל שהדמים ביד לוקח, ומדלא פירש שהדמים כבר ביד האשה ומלוה בשטר טוען הזקת שיעבודי, ש"מ דלא מצי מפיק מהאשה, ומ"מ קאמר כשהדמים ביד הלוקח דיש להבע"ח טענה עליהם, ש"מ דלא הם בחזקת המוכר עכ"ל, ואני תמה על דבריו היאך יוכל לבוא על האשה שמכרה למזונות מטעם מזיק שיעבודו של חברו מתרי טעמי, א' מה הזיקו הלא יוכל לטרוף מן הלוקח כיון דהוא מלוה בשטר ומה הזיקו, ומאן אמר לן שמיירי באופן שהי' הלוקח אלם וא"א לטרוף ממנו, שנית והיא תמיה רבתא עליו הא כאן לא הוה מזיק שיעבודו של הבע"ח כלל, דהא כתובתה קודמת להחוב ואי הוה בעית הלא היא יכולה למכור לצורך כתובה ואין שיעבוד של הבע"ח חל לגבות הימנה מן שדה זו, וא"כ אין כאן שום ראיה כלל, והירושלמי צריך לפרש באחד מהנך גווני שכתבנו למעלה ודו"ק :

סימן יד

ביאור דברים בהסוגיא דריש פרק המפקיד (ל"ד ע"א) אמר רבא נעשה כאומר לכשתגנב ותרצה ותשלימני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו כו' מתקיף לה ר"ז אי הכי אפילו גיזותיה וולדותיה נמי כו' :

ראיתי שהקשה הר"ן בחידושיו קימא דקאמר גופא מהיום ופירא לכשתגנב וכמו שמצינו בב"ב גבי מהיום ולאחר מיתה, ותירץ דהוה תנאה יעו"ש, וקשה לענ"ד על תירוצו של הר"ן הן אמת אם היה המפקיד מדבר בפירוש בזה"ל לכשתגנב ותרצה ותשלימני קנויה לך מעכשיו והיינו מסופקים בכוונתו אם תנאה הוא או שכוונתו גופא מהיום ופירא לכשתגנב כו', ודאי דהיינו מפרשים שזה רק תנאה לחוד הוא שסתמא דמלתא מפרשים שזה קנין לגמרי הוא כל שאין מדבר בפירוש שמשייר לעצמו איזה דבר לזמן, ואין דומה להא דמהיום ולאחר מיתה משום דשם אין נוח לפרש תנאה לחוד שהרי הדבר יבוא בודאי, ולהוסיף אם לא אחזור עד עת ההיא הלא צריך כאן תוספת דברים, וע"כ מפרשים לדבריו מהיום הגוף ופירא לאחר מיתה, משא"כ כאן גבי מעכשיו ולכשתגנב שע"כ מתפרש לשון תנאי, וא"כ די לנו בזה שהוא תנאי, ושיור פירות אין לנו לומר מעצמינו כל שלא פירש, אך זה הוא רק בדיבור בפירוש, אבל הכא בהא דאמר נעשה כאומר שבאמת לא נדבר זה כלל, רק שאנו דנין כן מצד שידעינן שרצון המפקיד להקנות להנפקד כשישלם, א"כ נוכל לומר שנעשה כאומר לכשתגנב כו' בפירוש גופא מהיום ופירות לאחר זמן קיום התנאי :

והנה התוס' כתבו בסוף ד"ה א"נ שעיקר הקושיא הוא מגיזות וולדות שהיה עליה בעת המשיכה וא"כ אין מקום לקושית הר"ן, אמנם עדיין נשאר לנו לחקור בענין זה שכתבו התוס' שהקושיא הוא מגיזות וולדות שהיה עליה בעת הגניבה, והוא שסבר נסתפקו בהא דאמרינן חוץ מגיזותיה וולדותיה אי זה דווקא גיזות וולדות שעד הגנבה, או שעד שאמר הריני משלם, או אפילו גיזות שאח"כ ג"כ אינו להנפקד, ועיין ש"ך (סי' רצ"ה ס"ק ט') שהוכיח מדברי התוס' והרא"ש גבי יוקרא דכיפי שכתבו דהוה שבחא דאתא מעלמא, משמע דאלו הוה חשוב שבחא דמגופא היה שייך זה להמפקיד, וא"כ מוכח שגם אחר הגניבה שייך שבחא דמגופא להנפקד ללישנא דאמר ר' זירא חוץ מגיזותיה כו', וללישנא דאמר ר' זירא שנעשה כאומר סמוך לגניבתה קנויה לך א"כ שבחא דאתא מעלמא ושבחא דמגופא הכל אחד הוא, ואחר הגניבה שייך הכל להשומר המשלם, וא"כ נפקא מינה לדינא בין הני תרי לישני, ולפ"ז יש לעיין למה אמר הגמ' א"ב קושיא דר' זירא הרי יש נפקא מינה לדינא שגיזות וולדות של אחר הגניבה, וצריך לדחוק שזהו כוונת הגמ' ג"כ דאמר איכא ביניייהו קושיא דר' זירא היינו תולדות הדינים היוצאים מקושיא דר' זירא, ומ"מ לענין יוקרא שנתייקר עד שעת הגניבה לפמש"כ התוס' דיוקרא הוה שבחא דאתא מעלמא לכאורה ראוי להיות להשוכר המשלם אחרי שמקנה לו מעכשיו, מ"מ אמרתי זה מסברא ומצאתי בע"ה שהש"ך אומר כן (בס"ק ז' שם), שהא שצריך לתן שבחא דיוקרא שעד שעת הגניבה להמפקיד, הוא מטעם אחר כיון דתנאי ההקנאה הוא לכשתגנב ותרצה ותשלימני וא"כ צריך לשלם התשלום המוטל עליו כפי הדין שמוטל עליו בלעדי ההקנאה, וכשמשלם זה, מתהוה מצד זה קיום התנאי וע"י זה נקנה לו למפרע, וכל שאין משלם לו כדין לא מיקרי קיים תנאו, ולכן מוכרח מצד זה לשלם את היוקרא שעלה עד שעת גניבה מהאי טעמא, משום שאם לא ישלם לא מקרי שקיים ותשלימני :

אלא דלפ"ז קשה הכי נמי קימא כן אגיזות וולדות שהרי צריך לשלם מה שנמלא מושבח עד שעת הגניבה הן גוף הבהמה והן הגיזות וולדות, א"כ ממילא יתחייב לשלם מצד קיום התנאי, והנה הש"ך כתב שם ע"ז דכוונת הגמ' שגוף הגיזות וולדות יהיה שייך להנפקד, והברייתא דתני חוץ מגיזותיה וולדותיה משמע שזה שייך להמפקיד לגמרי עיי"ש בש"ך, ולדעתי הקלושה לא אבין תירוצו של הש"ך, דהא כשאנו באים לדון את הנפקד לחייבו להחזיר הפקדון והוא אומר שנגנב ומשלם עבור זה ודאי שאנו דנין לו כן שכל מה שנמלא בעין מן הפקדון כמו הגיזות וולדות יחזור בעין כמו שהוא, ומה שנחסר לו ישלם עבור זה, וא"כ כן הוא הדין של התשלומין, ואם לא יחזור לו בעין מה שנמלא אינו מקיים התשלום המוטל עליו ואין נקנה לו למפרע הגניבה, וכעין דברינו מצאתי שהקשה כן הקצה"ח בס"ק ב' עיי"ש בד"ה אמנם, ונראה לענ"ד לומר בביאור הגמ' דמקשה, אי הכי אפילו גיזותיה וולדותיה נמי, משום דבשלמא לענין יוקרא, אם נתייקרה קודם שעת הגניבה ד"מ בעת קבלת הפקדון היתה עשרה זהו' שויה ואח"כ נתייקרה ושוה חמשה עשר סלעים אם ישלם רק עשרה הרי אינו משלם רק שני שלישי הפקדון ולא מיבעיא אם שילם מחלה לא מיקרי שילם כלל ודאי דלא קנה למפרע, אך גם אם שילם מחלה חשיב שילם, מ"מ אין קונה רק המחלה ששילם והמותר לא קנה וא"כ באופן זה לא קנה רק שני שלישי הפקדון וממילא היוקרא תחזור להמפקיד, רק מגיזות וולדות שפיר מקשה הגמרא דכיון שמצד דין התשלומין צריך לשלם את הבהמה ואת הגיזות וולדות הנמצאים אללו בעין, אך מ"מ אם לא ישלם רק הבהמה לחודא הרי למ"ד שילם מחלה מהני ממילא קנה את הבהמה למפרע שעבורה שילם והיא נעשית קנויה למפרע, וממילא יהיה

יהיה שייך הגיזות והולדות להנפקד ולא יצטרך לשלם עבור זה, וא"כ נראה שקושית הגמ' אי הכי אפילו גיזותיה כו' קאי דוקא למ"ד שילם מחלה מהני לענין מה ששילם ממילא תלא התולדה מזה שיהיה הדין שעבור גיזות וולדות לא יצטרך לשלם וישארו של הנפקד ממילא :

אך לפ"ז לא יתכן מש"כ התוס' שהכוונה הוא בקושית הגמ' מהגיזות וולדות של שעת המשיכה דהא באופן זה הוה שני דברים אללו בפקדון הבהמה והגיזות וולדות וכשמשלם עבור הבהמה והגיזות וולדות שצריך להחזיר בעין ואין מחזיר, א"כ עבור הגיזות וולדות הרי לא שילם כיון שלא שילם כפי הדין שמוטל עליו, וא"כ חשוב זה כמו שגזל שני פרות ושילם אחת מהן, וא"כ לא מיבעיא אם הדין יהיה בגזל שני פרות ושילם אחת מהם שאין קונה להכפל כל שאין משלם בשלימות, ה"נ יהיה כאן כיון שחייב בתשלומין להחזיר בעין הגיזות וולדות ואין מחזירם הרי מקרי שאין משלם כפי המחויב, וא"כ לא חשוב זה שילם כלל, אך גם אם נאמר ששילם אחת מהן מהני לענין מה ששילם, מ"מ הגיזות לא נקנו להנפקד אחרי שלא שילם עבורם כדין המוטל עליהם, ע"כ נראה לענ"ד לולא דבריהם הק' שעיקר הקושיא יהיה מגיזות וולדות שניתוספו אחרי המשיכה קודם הגניבה, הגם שעליהם ג"כ יש לחקור ולדון ג"כ מצד הסברא כיון שמוטל על הנפקד להחזירם, א"כ לא מקרי זה שילם כדין אם לא יחזיר הגיזות וולדות, ע"ז נראה לענ"ד שיש לומר שלא מיבעיא אם שילם מחלה מהני לענין מה ששילם וא"כ ממילא תועיל התשלום לענין גוף הפרה, וממילא יקנה הגיזות וולדות למפרע, אך גם אם הדין יהיה ששילם מחלה אין מועיל וא"כ לכאורה אין כאן מקום להקושיא דאי הכי אפילו גיזותיה כו' דהא מחויב הוא להחזירם מצד תנאי התשלום, על זה נראה דיש לומר דאימתי הוא שכששילם מחלה אין מועיל, או שגזל שני פרות ושילם אחת מהן אין מועיל כשהפקדו שניהם ביחד, אבל הא פשיטא שאם היום קבל פקדון ומחר פקדון שני ושילם עבור פקדון הראשון ודאי דמועיל התשלום לענין אותו הפקדון ופקדון השני אין מעכב כלל, וא"כ הכא בגיזות וולדות שניתוספו אחר כן הרי עלם הפקדון שהפקד אללו בלא הגיזות וולדות כיון ששילם אותו נקנה אח"כ למפרע, וא"כ ממילא ילא מזה שהגיזות וולדות יהיו של הנפקד בלא תשלום, וזהו דפריך הגמ', וכל הקושיא של הגמ' הוא לפ"ז מגיזות וולדות שאח"כ, ודברי התוס' לא זכינו להבין שיטתם וכנ"ל. — אך מעתה ישאר קושית הר"ן למה לא נאמר דההקנאה היתה הגוף בעת המשיכה והפירות לאחר שישלם, ונראה לענ"ד לומר משום דא"כ ילא מזה דין חדש שאם יגנב הפרה והולדות שהכפל מן הפרה יהיה שייך להשומר הנפקד ששילם, והכפל מן הולדות לא יהיה שייך להשומר שאת הולדות לא קנה כלל, ומתניתין סתמא קתני כל ששילם ונמלא הגנב משלם תשלומי כפל להשומר, ע"כ לא רלה הגמ' לתרץ כן, ורק מתרץ הגמ' שמקנה לו שבחא דאתא מעלמא ואפילו הולדות גופן קנוים לו לענין שבחא דאתא מעלמא, אבל לענין מה שהושבחה וניתוספו הולדות והגיזות וכדומה לענין זה לא הקנה לו, ולכן כל העדפה של הגיזות וולדות שייך הכל להמפקיד :

ולענין יוקרא כתבו התוס' לקמן (נ"ה ע"א) גבי הא דכיפי של"ל דיוקרא הוה שבחא דאתא מעלמא, וראיתי להנתיבות שכתב (סי' רנ"ה ס"ק א') למלתא דפשיטא ששבחא דמגופא שבא אחר התשלומין שייך להשומר, ודייק זה מדברי הש"ך (ס"ק ס') מדיוק דבריו שכתב דשבחא דמגופת אפי' אתי אחר הגניבה לא קני ולא כתב רבותא יתירה שאפילו אתא אחר התשלום לא קנה, ומייתי ראיה לזה מדברי הריטב"א בשמעתא דכיפי, ובאמת דבריו תמוהין הדמייתי ראיה מד' הריטב"א, הלא מדברי התוס' והרא"ש מבואר להיפך שהוצרכו לומר דיוקרא דכיפי הוה שבחא דאתא מעלמא ושם הרי כבר שילם, וא"כ אין ראיה משם דיוקרא הוה שבחא דאתא מעלמא, דהא אפי' אי היה יוקרא חשוב כשבחא דמגופא ג"כ היה קונה כיון שכבר שילם, הן שיש ליישב דברי הנתיבות, לומר שאין הכי נמי שאחר התשלומין גם שבחא דמגופא נקנה להנפקד ששילם, רק דיוקא של התוס' והרא"ש הוא שדקדקו של"ל דיוקרא דכיפי הוה שבחא דאתא מעלמא הוא רק מקושית דגמ' שהקשה רבא לרב נחמן ממתניתין דשילם ולא רלה לשבע וממתניתין אין דקדוק ליוקרא, אם היה זה מקרי שבחא דמגופא דהא במתניתין הוה שבחא דאתא מעלמא, וע"כ דקדקו התוס' והרא"ש מזה דשבחא דיוקרא דכיפי הוה שבחא דאתא מעלמא, מ"מ באמת אין מיושב בזה דברי הנתיבות אחרי שלפי דבריו אחר תשלומין הוה גם בשבחא דמגופא להנפקד ששילם, וע"כ לריך לומר שזהו מלד הסברא הוא אחרי ששילם, וא"כ למה הולרך רבא להביא ממתניתין כיון שזה פשוט מלד הסברא שלאחר התשלומין עדיפא מדין משנתינו שגם בשבחא דמגופא מקנה ליה, וע"כ לריך לומר שבאמת לולא משנתינו היינו אומרים שאין כאן קנין כלל גם במקום שמשלם, אך במשנתינו שמועיל לענין כפל שהוא שבחא דאתא מעלמא וא"כ חזינן שדעתו של אדם להקנות על תנאי שמשלם אח"כ, א"כ ממילא מסתברא שכשנגמר התנאי היינו התשלומין ממילא נקנה לו לגמרי אפילו לשבחא דאתי מגופה, וזהו הנראה לומר לפי שיטת הריטב"א, וא"כ ממילא מוכרח ההוכחה מדברי התוס' והרא"ש דלא סבירא להו הכי וגם אפילו לאחר התשלומין אין נקנה רק שבחא דמעלמא ולא שבחא דמגופא, מדהוכיחו מכאן דשבחא דיוקרא דכיפי הוה שבחא דאתא מעלמא :

וזה מכבר נשא ונתן עמי בזה ידידי הגאון המפורסם מו"ה שלמה מרדכי ברודנא נ"י מסמרגאן ורלה לומר שהתוס' ס"ל כשיטת הרמב"ם שגוף הבהמה בעלמותה לא ניקנית להנפקד, רק שייך להנפקד לכל השבחים דאתי מעלמא, ובעיני הוא רחוק לומר כן דבודאי לא הוה שתקי התוספות מלהזכיר מלתא חדתא דא, וביותר משמעות לשון הרא"ש מפורש גבי כיפי כסברת התוס' ובריש המפקיד כתב שאם שמקנה לו גוף הפרה חוץ מגיזותיה וולדותיה ולא קאמר שמקנה לו הפרה לשבחא דאתא מעלמא, ויש לומר בסברת התוס' שכל זמן שלא בא הפקדון ליד הנפקד אחר התשלומין לא נחשב נגמר הדבר, וע"ז הולך תנאו של המפקיד שהקנה לו חוץ מגיזותיה וולדותיה, דודאי אלו היה אומר מפורש אשר מעכשיו יתחיל הקנין ולכשישלם יוגמר הקנין, היינו אומרים שבעת התשלומין נגמר, אבל באמת אנו אומרים שקנינו הוא מעכשיו לגמרי רק התשלומין תנאי הם ובקיום התשלומין מתברר שקנה למפרע לגמרי רק שהתנה חוץ מגיזותיה וולדותיה ושארי שבחא שמגופה, וכיון שלא הגביל בפירוש משך התנאי של חוץ מגיזותיה וכו', אנו אומרים שהוא עד שיבא החפץ לרשותו, שאז הוא גמר ההקנאה שהשומר גמר בדעתו שזה החפץ שלו הוא :

עוד נראה לענ"ד שיש לומר שבהקנאת הבהמה או שאר פקדון מלינו שני דברים מהתנאים שע"י זה נקנה הפקדון להנפקד למפרע בעת המשיכה, א') תשלומין גמורים, ב') שהשומר אומר הריני משלם או שאמר פשעתי שמתחייב בתשלומין, ובזה ג"כ נוחה דעתו של המפקיד ועל קיום תנאי זה הקנה לו למפרע בעת שמסר לו הפקדון, ולכן אפשר לומר ע"פ הסברא הישרה שבשילם ממש שאז נגמר התשלומין וגם אז נגמר הדבר שהמפקיד סילק עלמו מן הפקדון וכפי שמורה פשטות לישנא דתלמודא (נ"ק ק"ח ע"ב) אתון כיון דשקליתו דמי אסתלקיתו מהכא, משמע שהבעלים נסתלקו לגמרי, אבל באומר הריני משלם הגם שעבור זה ג"כ מקנה הפקדון מ"מ הבעלים עדיין לא נסתלקו לגמרי, ועוד דהא אם יחזור הנפקד ולא ירלה לשלם תיבטל הקנאתו, והדבר עדיין תלוי לא נחשב זה נגמר הדבר ולכן בזה אמרינן

שנתמך

שנמשך התנאי של חוץ מגיזותיה כו' עד שיוגמר דבר התשלומין בפועל ממש. — ועפ"ז נוכל ליישב גם דברי התוס' והרא"ש בעובדא דכיפי והגם שהיה שם תשלומין אמתים, מ"מ נראה שגם לפי מה שהקשה רבא מהא דשילם ולא רצה לשבע אין זה דומה לשילם ממש רק לאומר הריני משלם, והוא דרב נחמן אמר תרי מילי „הדרי כיפי למרייהו, והדרי אפדנא למריה" והטעם שהדרי כיפי למרייהו הוא משום ששילם שלא ברצונו ואטרחיה לבי דינא, ולכן לא מקנה לו, והא דהדרא אפדנא למרא הוא משום דשומא בטעות דהוה כיפי מעיקרא, וניחזי אנן אם היה הדין שגם באטרחיה לבי דינא מקנה ליה שבחא והוה שבחא דיוקרא דכיפי שייך להנפקד, אפ"ה האפדנא הדר למריה משום דשומא בטעות הוא דהוה כיפי מעיקרא, דאי לא תימא הכי למה ליה לרבא לומר הטעם דלא אהדר ליה רב נחמן משום דאטרחיה לבי דינא תיפוק ליה שכאן בטל התשלומין משום דשומא בטעות הוה ואין כאן תשלומין כלל, וצריך לומר שהטעם הוא משום הא דאמרינן שומר חנם כיון דאמר פשעתי בה מקנה ליה כפילא משום דאי בעי פטר נפשיה בשקר גם קודם תשלומין, ולכן כאן כיון שנאבדו הכיפי ממנו והנפקד הודה שבפשיעתו הוא במה דאמר לא ידענא היכא אותבינהו, הגם שתשלומי האפדנא הוה שומא בטעות, מ"מ השבח שייך לו מטעם אמירתו שפשע, וכיון שאין כאן רק דין אומר הריני משלם ולא שילם ממש, ולכן שפיר דקדקו התוס' ששבחא של יוקרא דכיפי הוה שבחא דאתא מעלמא, דאילו היה זה שבחא דמגופא לא היה שייך כלל להנפקד שאין כאן רק דין אומר הריני משלם ולא שילם ממש, שהתשלומין בטלים משום דהוה שומא בטעות דהא הוה כיפי מעיקרא :

הן אמת שראיתי בשמ"ק שהביא בשם הריטב"א והרמב"ן שמפרשים הא דהוה שומא בטעות לא משום שהכיפי היה ברשותם, רק כיון שנמצאו הכיפי והכיפי באמת הדרי למרייהו שלא קנאן הנפקד משום דאטרחיה לבי דינא, ולכן הוה שומא בטעות לפי שאין עליו חיוב ממון כיון דהכיפי הדרי למרייהו, וא"כ קושית רבא שרצה להקשות על דברי רב נחמן מהא דשילם ולא רצה לשבע יהיה זה קושיא אתרתי מילי דאמר רב נחמן הדרי כיפי והדרי אפדנא שזה תלוי בזה, שאם נאמר שהכיפי ושבחן שייך להנפקד ממילא תשאר שומת האפדנא באמת שלא תהיה שומא בטעות וא"כ לפי קושית רבא הוה כאן תשלומין גמורין ולא רק אמירה של הריני משלם, אך השמ"ק כתב שרש"י והר"ח לפי גירסתינו „דהוה כיפי מעיקרא" חולקים ע"ז ולדבריהם השומא בטעות הוא משום שהכיפי היו בבית, וא"כ לפ"ז נשאר הוכחתי שגם לפי הס"ד דרבא שרצה להקשות מהא דשילם ולא רצה לשבע הוה שומא בטעות דהא הוה כיפי מעיקרא, ואפ"ה רצה רבא לומר שהשבח מכיפי יהיה שייך להנפקד משום דהוה כאומר הריני משלם במה שאמר פשעתי, והתוס' והרא"ש סברי ג"כ כגירסת רש"י והר"ח ופירושם ולכך הוכרחו לומר דיוקרא דכיפי הוה שבחא דאתא מעלמא, וכן הוא מפורש בלשון הרא"ש דהא הוה כיפי מעיקרא :

ודע שיש להעיר ע"פ שורת הדין לולא הסברא דנעשה כאומר לכשתגנב כו', וכן לדידן היכא דאטרחיה לבי דינא שבזה אין אנו אומרים נעשה כאומר לו וכו' ואם נמצא הגנב שייך תשלומי הכפל וקרן הגניבה הכל להמפקיד, וגוף הדבר של המפקיד הוא מאיזה גדר יהיה השבת הקרן ששילם הנפקד להמפקיד הא יכול לומר לו המפקיד אתה בדין שילמת לי שהרי אז לא היה הפקדון בידך להשיב לי ומה שגביתי אתה מהגנב הקרן של הגניבה הוא שלי, שאתה לא קנית אותה, בשלמא לגירסת הרמב"ן וסיעתו דשומא בטעות הוא „דקא הדרי כיפי" ולכן שפיר אמרינן שכל שנמצא קרן הגניבה מתברר למפרע שהתשלום היה בטעות וצריך להחזיר התשלום שקבל מהנפקד בחזרה, אבל לגירסתינו שהטעות הוא רק משום שהכיפי היו בבית אבל במקום שנגנבו ואינן בבית גם כשהדרי אח"כ אין התשלום בטעות, וא"כ יש לדון באיזה זכות יבא הנפקד ששילם כבר להמפקיד, לגבות הקרן ששילם הגנב להמפקיד מצד שורת הדין, וזה אין סברא לומר שיקח שתי פעמים תשלומי קרן מן השומר וגם מן הגנב, וצריך לומר שמוטל עליו חיוב להחזיר לו מה שלוקח מן הגנב, על מה שקבל ממנו התשלומין. — ונראה לענ"ד לומר ע"ז ביותר ביאור שודאי מדינא התשלום הוא כיון שמשלם עבור הדבר שנגנב או שנאבד וכדומה נחשב שמקבל התשלומין מקנה לו עבור זה מה שקבל ממנו התשלומין את הדבר ששילם עבורו הגם שהוא לא קנה את הדבר שנגנב מצד שאין ברשותו מ"מ הוא מקנה לו עבור דמי התשלום שקבל ממנו. והנה בכל הקונים דבר שאין ברשותו שלא חל הקנין שניהם יכולין לחזור בהם הן הקונה והן המוכר היינו הקונה נותן המעות לדרוש מעותיו בחזרה, והמוכר להחזיר לו המעות ולבטל המכירה, אמנם כאן במקום ששילם שהיה מחויב אז לשלם, הקונה הוא הנפקד הוא סילק עצמו בזה בהתשלומין מה שהיה מחויב ואין יכול לחזור מזה מפני שהיה אז מחויב מן הדין לשלם, והמקבל התשלומין בידו הברירה לחזור ולקבל החפץ מן הגנב או האבוד, ולהחזיר המעות שקבל, או שישאר החפץ להמשלם כפי מה שהקנה לו. — ונראה לענ"ד שיש עוד להעיר נפקא מינה לדינא בין שני הגירסות, אם החפץ ששילם השומר עבורו נמצא והוזל מן המקח ששילם לו הנפקד עבורו, שלפי גירסת הרמב"ן וסיעתו „דהא הדרי כיפי" וא"כ כל שהדר הגניבה למריה גם כשהוזל אח"כ, אעפ"כ מחויב להחזיר לו כל התשלומין שהרי התשלום היה בטעות, כל אשר אח"כ נמצא, משא"כ לפי גירסתינו שרק היכא שהיה בבית אז הוה תשלום בטעות [ובזה גם אם הוזל צריך להחזיר התשלומין] משא"כ אם נגנב באמת ולא היה הפקדון בבית הנפקד והתשלומין הוטל עליו ע"פ דין ממילא אם הוזל אין יכול הנפקד ששילם רק לקח את הפקדון הנמצא תמורת דמיו, ומה שהוזל אין לו בזה שום טענה על המפקיד [הגהה ומסיגנון לשון הרמב"ם נראה שדעתו כגי' של הרמב"ן שכן הוא לשון הרמב"ם (בפ"ח מהל' גזלה הל' ג') אבל אם הודה שפשע כו' ולא נתן עד שכפוהו ב"ד יחזור לבעלים כמו שהוא ומחזירים לשומר הדמים שקבל ממנו ואם כלים או קרקע גנבו ממנו מחזירים לשומר כלים כו', ומעיקרא קאמר וא"כ הוכר הגנב מוכח שגם בגניבה הדין דהוי שומא בטעות כשנמצא הגנב וגנבו ממנו גוף הגניבה, וגם מדחשיב האי דינא דשומא בטעות במקום דאטרחיה לבי דינא משמע דאם לא אטרחיה לבי דינא אין כאן שומא בטעות, והוא משום שקנה עבור זה את החפץ שנגנב וכמש"כ לעיל] :

והנה ידידי הגאון הנ"ל כתב להוכיח שדעת התוס' הוא כהרמב"ם שגוף הפקדון חוזר לבעלים, דמנ"ל להתוס' להוכיח דיוקרא הוה שבחא דאתא מעלמא דלמא יוקרא הוה שבחא דמגופא, והא דקשיא ליה לרבא משילם וכו' הוא על מה דאמר רב נחמן דהדרי כיפי למרייהו עכ"ד, ולדעתי אין כאן הוכחה מתרי טעמי חדא מדנקט הגמ' במלתא, ואייקר משמע שהחקירה בדינא היה על יוקרא דכיפי וזהו דחדית רב נחמן דהיוקרא שייך לבעל הכיפי, וע"ז הקשה רבא, שנית דע"כ צריך לומר שמה שהיו דנין והא דקשה ליה לרבא הוא על היוקרא, דהא אמרינן דשומא בטעות הוה דהא הוו כיפי מעיקרא א"כ הא נוח לו יותר שהאפדנא ישאר של הנפקד והכיפי תיהדר למריה, ומעות אחרים לא היה להנפקד שהרי לא שילם, וא"כ אם נאמר שעל היוקרא לא היה קשה לרבא משום דהוה שבחא דאתא מגופא ודאי דלא היה קשה ליה על חזרת הכיפי, וגם לפי ההוה אמינא משום דשומא הדר הרי הזיכן דנוח לו שיחזרו לו האפדנא ויתן להמפקיד הכיפי וזה פשוט. גם מה שהעיר הרה"ג הנ"ל למה להו להתוס' למימר דלהכי לא דמי יוקרא לגיזות וולדות דאותו שבח ניכר

בגוף

כגוף הבהמה משא״כ יוקרא, טפי הו״ל לומר דגיזות וולדות נפרדים הם מגוף הבהמה משא״כ יוקרא כיון דמקני ליה גוף הבהמה היינו נמי יוקרא שאין זה נבדל מגוף הבהמה, אלא ודאי שאין מקנה לו גוף הבהמה עכ״ד, ולדעתי אין זה הוכחה להכריע מזה דעת התוס׳ שאין נקנה לו גוף הפקדון, דיש לומר שבאמת הא לא נדבר ביניהם מאומה רק מצד האומדנא הוא, וכיון שאנו רואין האומדן דעת שעל ריוח דאתי מגופא אין רוצה המפקיד להקנות זה להשומר וא״כ אם יוקרא חשוב שבחא דאתא מגופא ודאי שגם זה אין רצונו להקנות להשומר שמשלם לו ונדון כאלו התנה חוץ מיוקרא ג״כ וע״כ שפיר הוכיחו התוס׳ לומר שיוקרא חשיב כשבחא דאתא מעלמא:

ובעיקר דברי הרמב״ם שכתב (בפ״ח מהל׳ שאלה ופקדון הלכה א׳) שהבהמה עצמה חוזרת לבעליה, נראה לפע״ד לומר שהרמב״ם סובר שהשבחא דאתא מגופה גם שבא אחר התשלומין שייך להמפקיד, וסובר דכושרא דחיותא ג״כ בכלל שבחא דמגופה הוא, ולכן כיון שמקנה חוץ מגיזותיה כו׳ כמו כן הוא גם כושרא דחיותא ונעשה כאומר לו חוץ משבח כושרא דחיותא, ולפ״ז אתי שפיר שגם בהל׳ ג׳ גבי תבואה ופירות כתב הרמב״ם שהרי הן של שומר משום שבפירות שאין כאן שום שיווי ויתרון בפירות אלו מפירות אחרים, ולכן הפירות המה שייכים להשומר ששילם, או שאמר הריני משלם. — ועוד נראה לענ״ד לומר ע״פ מה שכתבתי לעיל לפי שיטת התוס׳ לחלק בין אומר הריני משלם לשילם ממש, ולכן יש לומר שמש״כ הרמב״ם חוזרה הבהמה עצמה הוא כל זמן שלא שילם רק שאמר הריני משלם, ולא הזכיר שם שילם כלל. הגם שלפי שהביא הכסף משנה בשם תלמידי הרשב״א המקור לדברי הרמב״ם אלו מסוגיא (דב״ק ק״ח ע״ב) בצדדי האיבעיא דאמרי הבעלים, שקלנא אנן דידן ושקול את דידך כו׳ משמע שגם אחרי ששילם שקלי מן הגנב דידהו, אמנם לפע״ד אין משם ראיה שיש לפרש לשון הגמ׳ שקלנא אנן דידן על העבר שאנו לקחנו את שלנו בתשלומין ושקול את דידך הקרן עם הכפל ובאמת יהיה הדין כמו שאמר הגמ׳ מקודם, אתון כיון דשקליתו דמי אסתלקיתו מהכא, שמשמע שנסתלקו לגמרי הבעלים ואין להם שום זכות, כי דוחק לומר שיהיו שני הצדדים המסופקים שם בהאיבעיא חלוקין בדין זה אם קרן הגניבה חוזר לבעלים אחרי שקבלו התשלומין מהשומר, רק כל זמן שלא שילם באמת רק שאמר הריני משלם כבר אמרנו שכושרא דחיותא ג״כ כשבח הוא חשוב, והוא נחשב שבחא דאתא מגופא, ולכן חוזר הקרן בעצם להבעלים, אבל לאחר התשלומין נסתלקו הבעלים כפשטא דגמ׳ בב״ק ושייך להנפקד ששילם:

ובדברי הראב״ד שכתב שם (בהל׳ ג׳) על מש״כ הרמב״ם שמה שנתייקר הרי הוא של שומר שאמר הריני משלם, וע״ז כתב הראב״ד דווקא מה שנתייקר אחר ששילם או שאמר הריני משלם והש״ך (בסי׳ רצ״ה ס״ק ז׳) דקדק ע״ז, וכתב שטעמו משום שצריך לשלם תשלומין המחויבים עליו ולא ידענו אימתי נגנב אם אחר שנתייקר או קודם, ולכן כל שאין נשבע צריך לשלם כפי השעה שאמר הריני משלם שמא אז נגנב או נאבד ממנו, והקצה״ח תמה ע״ז דהא מספק לא מחייבינן ליה לשלם כשעת היוקר משום שמא עכשיו נאבד ממנו וע״ז אין מגיע לו שבועת השומרים שהרי הוא ספק אם נכנס היוקר בשמירתו, ועיין בשער משפט שהאריך בזה, ומש״כ לתרץ ע״פ דברי הש״ך לפי שצריך לשבע שבועה שאין ברשותו מתקנת חז״ל ומגילא יגלגל עליו שנאבד ממנו בשעת הזול שלא בשעת היוקר, זה תירוץ דחוק על ד׳ הראב״ד היאך כייל כללא שהשבח מיוקרא הוא של הבעלים עד שאמר הריני משלם או עד ששילם, מי לא עסקינן שנשבע שכבר נאבד ממנו היינו שאינו ברשותו כדאמר רב הונא אמתניתין אך זה אין רוצה לשבע שכדרכה מתה או נגנב שלא בפשיעה, ובזה צריך להיות השבח משעת גניבה של הנפקד כקושית המ״מ. — והנה הקצה״ח תירץ שהראב״ד יסבור כשיטת הריטב״א שיוקרא הוה שבחא דאתא מגופה, מ״מ כשאמר הריני משלם או ששילם כבר נגמר ההקנאה ולכן מאז הוה שבחא דיליה, אמנם זה דחוק ג״כ דודאי במקום ששילם מסתבר שנכנס ברשות הנפקד גם לענין שבחא דמגופה, אבל כשאומר הריני משלם נהי דמקני למפרע עבור דעביד נייח נפשיה מ״מ לא נחשב נגמר הדבר עד ששילם ממש, וממ״כ אי חשוב שבחא דאתא מעלמא יהיה שלו משעת גניבה שאז צריך לשלם מטעם חיובו של השמירה ואם זה הוא שבחא דאתא מגופה יהיה של המפקיד עד שישלם ממש:

ולענ״ד נראה לומר בטעם דינו של הראב״ד ע״פ מה דאיתא בב״ק (ק״ח ע״ב) בנגנב באונס והוכר הגנב דק״ל כרבא דאפילו שומר חנם עושה עמו דין ואינו נשבע, ופירש״י משלם לבעלים והוא נפרע מן הגנב, ומה שפירש״י משלם, צ״ע למה הוטל עליו חיוב תשלומין לפי שהוכר הגנב, וצריך לומר שרש״י סובר כיון שהוכר הגנב והוא עדיין לא נשבע ולא נפטר מחיוב השמירה המוטל עליו, ולכן עליו להוציא מן הגנב את החפץ הנגנב וכל שאין רוצה להוציא מן הגנב מחויב הוא עבור זה לשלם לבעלים, וזה דומה כפשיעה בהגניבה, כי הכל אחד הוא פשיעה בעיקר הגניבה ופשיעה אח״כ במה שאין עושה תחבולות להמציא הדבר שנאבד, או שנגנב, וא״כ לפ״ז נאמר שכל הנשבע שלא פשע כמו ששבועתו הוא על הגניבה שלא באה בפשיעתו, כן צריך לכלול בשבועתו שמה שהוא אבוד עכשיו אין זה ע״י פשיעתו היינו שאין ביכולתו להמציאה. וניחזי אנן אם יכול להמציאה ואין עושה כן כפי המוטל עליו, ודאי דמחויב לשלם כדין פושע וכמו שהבאנו מרש״י בהא דעושה עמו דין, וכשנצרך לשלם עבור זה ודאי שצריך לשלם כפי ששוה החפץ בעת פשיעה הזאת, ולכן כל זמן שלא נשבע שלא פשע ולא קבל עליו לשלם, אם אינו נשבע שלא נפקע ממנו חיוב שמירתו צריך לשבע שלא פשע בה עד עת ההיא היינו עד השבועה או התשלומין, ואם אין רוצה לשבע צריך לשלם כפי המקח השוה בעת התשלומין כפי מה שהיה מוטל עליו לשלם אם היה פושע בעת ההיא, היינו שיכול להמציאה ואינו ממציא החפץ שנגנב או נאבד, אמנם מה שנתייקר אחר התשלומין או אחר שאמר הריני משלם בזה אין להמפקיד טענה עליו שמא פשע שהיה יכול לחקור אחר הדבר ואין עושה כן מתרי טעמי, א׳, כיון שקבל עליו הדין לשלם או שילם נפקע ממנו חיוב השמירה והוא כאיש אחר הוא שאין ממציא לו להשיב אבדתו. שנית, מצד תנאו שאומר לכשתגנב ותרצה כו׳ וכל שמקבל עליו לשלם כפי הדין המוטל עליו אז בעת שמקבל לשלם נקנה הדבר למפרע והוא ברשותו לענין יוקרא ג״כ דזה הוה שבחא דאתא מעלמא, אבל בעת אמירתו הריני משלם צריך לקבל עליו לשלם או לשלם אז כפי מה ששוה אז מצד הדין שאין נשבע ע״ז שאין לו בזה פשיעה וכמש״כ ודו״ק:

סימן טו

אשר כתבתי כבר בשנת תרכ״ג לפ״ק.

נסתפקתי הלכה למעשה בתביעות מחובות ישנים במקום שהתובע נשבע ונוטל האם יש לגלגל בתוך שבועתו שלא מחל לו בלבו (וכגון שהנתבע טוען זה), האם המחילה שבלבו הוה מחילה מן הדין שלא יכול התובע לחזור אחרי שנגמר למחול:

הנה המסגרת השולחן (בסי׳ י״ב אות ח׳) הביא בשם מהרש״ל שכשאומר שבלבו היה למחול רק עתה מחמת כעסו עליו

עליו רוצה לתובעו, אין יכול לתבוע כי מחילה בלב הוי מחילה. — אמנם השער משפט (סי' י"ח ס"ק א') מביא דברי (מהרי"ט בחלק חו"מ סי' מ"ה) שפוסק להדיא דמחילה שבלב לא הוי מחילה משום שדברים שבלב אינם דברים, אם לא דאיכא אומדנא דמוכח שמחל לו אז הוי מחילה, ולכן חילק הא דשהתה כ"ה שנים ולא תבעה כתובתה שאבדה כתובתה משום דאמרינן שברור שמחלה בלבה, משום דשם הוה הוכחה ברורה שמחלה, משא"כ במקום שמהימן לומר שלא מחל בלבו, גם אם באמת מחל בלבו לא הוה מחילתו כלל, אמנם הוכיח שם מדברי הרשב"א שמחילה בלב הוה מחילה, אך השער משפט האריך שם להקשות על דברי הרשב"א והכריע לדינא כדעת מהרי"ט. והנה יסוד דברי הרשב"א בקידושין שהא דאמרינן דברים שבלב אינם דברים, הוא רק במקום אשר הדברים שבלב באים להיות נגד מה שאמר בפיו שתם וכו', ומייתי הרשב"א ראיה מהא דמהני מחשבה בתרומה כו', ומהא דהאומר הא הרי זה נזיר, והשער משפט הקשה על הרשב"א בתרתי, חדא דא"כ למה בעינן שיהיה נזיר עובר לפניו כיון שמחשבתו שבלבו אין סותר לשום דבר, ועוד הקשה היך יליף הרשב"א מהא דתרומה ניטלת במחשבה, הא בהדיא אמרינן בשבועות (כ"ו ע"ב) דתרומה וקדשים הוו שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים, אלו דבריו בקצרה:

ולענ"ד נראה שדברי הרשב"א נכונים, ומקודם נבאר על הקושיא השניה אשר היא לכאורה חזקה מאוד, והוא דהא ודאי במקום שבעינן מצד שורת הדין דיבור כגון בנדרים ושבועות שנאמר בתורה מוצא שפתיך, ובזה נעשה חלות הדבר ובלעדי זאת אין במה לחול הדבר, ולכן הגם שדברים שבלב במקום שאין סותרים להדיבור ומעשה הוו דברים, מ"מ אין יכולים לעשות חלות הדבר בחיוב מפני חסרון המוצא שפתיו, כי היכי שבדיבור אין נגמר דבר הצריך קנין, וה"נ לגבי שבועות ונדרים הדיבור הוא הקנין שלהם, וכמו קנין להדברים הצריכים קנין, והוא כמו שאמרו בגמ' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט שהאמירה נחשב כמעשה, וע"ז אמרו בגמ' שתרומה וקדשים הוו שני כתובים הבאים כאחד, לענין שיש נחשבת המחשבה לחייב אותם ולעשות גמר וחלות הדבר כמו אם הוציאו בפיהם, ולאפוקי בכל הנדרים ושבועות אין נחשב לחול הנדר ע"י המחשבה עד שיוציאו בפיו, אבל הרשב"א בא לדון במקום שהדברים אינם באים לעשות חלות דבר, רק שבאים למעט הדבר, כמו בהא דאמר הגמ' שם בקידושין (דף נ') דברים שבלב אינם דברים שבאין הדברים שבלב למעט המכירה שלא תהיה רק על אופן זה וכל הני דמייתי שם, שכל הענינים האלו אין הדברים שבלב עושין מעשה רק ממעטין להמעשה שעשה, ובזה אין מקום לומר דבעינן דוקא דיבור פיו וזולת זה אינו, כי מה מקום להדיבור לפעול יותר מהמחשבה אם מחשבה נחשבת, וא"כ כוונת הגמ' בזה דאמרינן דברים שבלב אינן דברים, שהדברים שהמה רק בלב אין נחשבים כלל, והמה כמו שאינם כלל בעולם, ולכן שפיר דקדק הרשב"א כיון שאין נחשב כלל המחשבה למה מועיל זה בתרומה וכו' וכמו שדקדק הרשב"א שנילף משם דהוה דברים, ואין לומר ע"ז דהוו תרומה וקדשים שני כתובים הבאים כאחד ואין למדין מהם, משום דכל ענין חידוש השני כתובים אינם רק לענין שמועיל המחשבה שיחול התרומה וההקדש ע"י זה, משא"כ בשארי נדרים ושבועות, אבל בעלם הדברים שבלב שיש להם חשיבות ואינם בטלים לגמרי בזה שפיר אמרינן למה לא נילף מינייהו זהו כוונת הרשב"א לענ"ד:

ועתה נייסב גם הקושיא הראשונה של השער משפט שהקשה על הרשב"א דא"כ שבמקום שאין הדברים שבלב סותר לדיבור וכדומה הוו דברים למה בעינן כלל שיהיה נזיר עובר לפניו, ויש לומר דהא ודאי אם אין כאן נזיר עובר לפניו ואמר הא לבדו כיון שאין כאן משמעות לנזירות בדבריו, רק מה אשר במחשבתו, זה דומה לגמר בלבו בנדרים ושבועות שאין מועיל מטעם שאין במה לחול עליו ואין שם נדר עליו, רק בהאומר הא ונזיר עובר לפניו יש כאן משמעות נוטה שכוונתו לנזירות וחשוב כהוציא בפיו, ואפ"ה אם מחשבתו הא בתענית אין חל עליו נזירות, ורק בעינן שמחשבתו יהיה לנזירות, וע"כ אם נאמר שדברים שבלב אין נחשבים כלל ובטלים המה, למה יועילו כלל להכריע את ההא שיהיה לנזירות, וכן יראה סיגנון לשון הרשב"א שהעיר מהא דנדר בחרם וכו' ונודר בקרבן וכו' שכל עיקר מה שדן הרשב"א שלא נאמר שדברים שבלב אין אנו חוששין עליהם כלל, גם במקום שאינם מתנגדים לשום דבר כלל. — גם מש"כ השער משפט שהר"ן בקידושין שם חולק על דברי הרשב"א, לענ"ד נראה שאין כל כך הכרח וקצת נראה להיפך, שהרי על קושיא דנדר בחרם תירץ הר"ן דכי אמרינן שדברים שבלב אין דברים הני מילי שמה שבלב סותר דבורו יעו"ש, ואי משום שכתב הר"ן על הא דקשה מהא דהאה הרי זה נזיר דשם אין זה דברים שבלב כו' האמת קמשני שכך הוא סברת הר"ן, אבל באמת הוה מלי לשנויי כמו דמשני אהא דנודר בחרם, ומה שהביא השע"מ מהא דכתב הר"ן פ"ק דפסחים דהפקר בלב לא מהני משום שדברים שבלב אינם דברים ושם אין סותר הדברים שבלב את דיבורו, נראה לענ"ד לומר שלשון מושאל כתב הר"ן וכוונת הר"ן דשם בהפקר הא דחל בדבור בעלמא, כתבו הפוסקים דענין הפקר הוא מעין נדר שחל בדבור וזהו כוונת הר"ן שדברים שבלב אינם דברים, פירוש לענין הפקר לפי שבעינן לענין חלית הדבר דבור דוקא, וא"כ מוכחנו בדברינו שדברי הרשב"א נכונים, וגם דברי הר"ן הולכים ונוטים לשיטת הרשב"א, ודאי דאית לן למיזל בשיטתיה של הרשב"א ז"ל בזה:

ומעתה נחקור לענין מחילה שאין צריכה קנין, אם הוא מהדברים הצריכים דיבור כמו הפקר ונדר ושבועות, או שהוא מהדברים אשר גם מחשבה מועלת בהם, והדעת נוטה שענין תועלת המחילה שהיא מועלת גם בלא קנין איננה מצד הדיבור רק שמחילה מועיל מצד סילוק התובע את עצמו, ובאמת מצינו בכמה דוכתי שמועילה מחילה גם בלא דיבור רק מצד הוכחת המחשבה שהיה כאן מחילה, כמו הא דשהתה כ"ה שנים שאבדה כתובתה מטעם מחילה כדאיתא (בכתובות ק"ד) וכמו מה דמועיל בשהה יותר מכדי שירצה לתגר גבי אונאה דאמרינן דהוי מחילה כדאיתא (בב"מ נ'), איברא דמהרי"ט המובא בשער משפט הנ"ל כתב ששם שאני משום דהוה אומדנא דמחל, ומ"מ מוכח זה בהחלט שאין מחילה חשובה מטעם הדיבור וכמו בהפקר ונדר וכדומה, דהא (בנדרים דף ז') בעי הגמ' אם יש יד להפקר ופי' הר"ן דביד מוכיח קבעי הגמ', ולכאורה למה בעי הגמ' הא לו יהא שידים מוכיחין ג"כ אין ידים בהפקר מ"מ למה לא תועיל מצד הדברים שבלבו אשר יש אומדנא דמוכח שכן הוא בלבו אלא ודאי דבהפקר ונדר בעינן דיבור דוקא וכל שבלא דיבור אין מועיל כלום לחול הדבר, ולכן בעי הגמ' על ידים אם הוה זה כמו דיבור במקום שהן מוכיחות או לא, ובמחילה לכו"ע סגי היכא דמוכח הדבר. — והנה לפי שיטת מהרי"ט וההולכים בשיטתו שאימתי מהני מחילה שבלב היכא שאיכא אומדנא ברורה, וא"כ צ"ע בהא שכתב ההגהת אשרי והביאו הש"ך (בסי' רכ"ז ס"ק ד') שאם המתאנה לא נתן מעות יכול לעכב עבור אונאתו, מטעם מיגו שיכול לומר נתתי לך המעות יכול ג"כ לומר שלא נתרציתי, והנה לפ"ז ע"כ צריך לומר שהיכא שהמעות בידו אין זה אומדנא ברורה דמחל, שאם היה זה אומדנא ברורה למה היה מועיל המיגו דהוי מיגו במקום עדים, וא"כ ע"כ צריך לומר שכיון שיש לו מיגו

סומך ע"ז ואין חושש לתבוע מהר (ועיין נתיבות בסי' רל"ב ס"ק א' בביאורים) וא"כ במקום שלא נתן מעות הלא צריך להיות שגם אם אין אומר שלא נתרליתי, מ"מ יהיה יכולת בידו לחזור ממחילתו ולתבוע לעכב עבור אונאתו משום שבכה"ג אין כאן אומדנא ברורה, ממילא הוה זו המחילה דברים שבלב ואינם דברים ואין מועלת מחילתו בלבבו, וזה אין במשמע, וכן יש לדקדק בשהתה כ"ה שנים דאמרינן שודאי מחלה ואמרינן בגמ' שאם באת שעה אחת קודם חלות כ"ה שנים יכולה לגבות כתובתה, וא"כ אם נימא שמחילה בלב לא הוה מחילה רק היכא דאיכא אומדנא דמוכח וא"כ עד שעה אחרונה של סוף כ"ה שנים אף אם תודה שמחלה בלבה, מ"מ יהיה הדין שיש לה כתובה וא"כ יקשה לנו על תקנת חז"ל שתיקנו בשהתה כ"ה שנים שאבדה כתובתה מי מכריח לנו שהשעה אחרונה חשבה אודות כתובתה ועלתה אז על רעיונה מזה ומחלה אז כתובתה, ואטו אין מלוי הדבר ששעה אחת יתעלם ענין כתובתה מרעיונה, בשלמא אם נאמר שמחילה בלב הוה מחילה תמיד אתיא שפיר, שיש לומר שתיקה כ"ה שנים מכריח לנו שפעם אחת מחלה בלבה את הכתובה, ושתיקה פחותה מכ"ה שנים אין מכריח על מחילה כלל, וכך שיערו חכמים וכל מדות חכמים כך הוא, אבל שזה יכריח לנו לומר שבשעה אחרונה מחלה היאך יכריח לנו, וזה אין סברא לומר כן:

ולכאורה יש להקשות לפי מה שכתב הר"ן שם בפ' הנושא דאמרינן דמה שהזכירה כתובתה מועלת לבטל המחילה לגבי היורשים, וגם אם לא הזכירה רק בפני היורשים בינה לבינם לבד הוא מבטל ג"כ להמחילה, כמש"כ הבית מאיר שם באה"ע (סי' ק"א), וכתב שם שגם בהכחשה שהיא אומרת שהזכירה והיורשים טוענים שלא הזכירה היא נאמנת, משום דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום. והנה יש להקשות לפ"ז למה לא תהיה נאמנת לומר שלא מחלה במיגו דהיתה יכולה לטעון שהזכירה להם בתביעת הכתובה, וכן הקשה הבית מאיר שם, ותירץ משום דהוה מיגו להוציא, אך דבריו תמוהין שהא במקום שמוחזק שטר בידו קיי"ל דאמרינן מיגו להוציא כמבואר בש"ך בכללי מיגו (בסי' פ"ב ס"ק א') וא"כ מאי קמיבעי להגמ' שם (בדף ק"ד ע"ב), בשטר כתובה יוצא מת"י או באין שטר כתובה יוצאת מת"י, הא מוכרח לומר שמיירי באין שטר כתובה יוצא מת"י, דאי בשטר כתובה יוצא מת"י תהיה נאמנת לומר לא מחלתי במגו דהזכירה להם הכתובה, שבמקום שטר אמרינן מיגו להוציא [ובאמת אם נאמר שמחילה בלב במקום שאין הוכחה אין מועיל יהיה אפשר לתרץ קושיא זו דיש לומר שבעיא של הגמ' יהיה גם במקום שמודית שמחלה בלבה, ורק אם נאמר שגם בשטר כתובה יוצאת יש דין הוכחת שהיית כ"ה שנים שלא תבעה שודאי מחלה מועילה המחילה שבלבה, אבל אם במקום שטר כתובה יוצאת מת"י אין דין הוכחת מחילה בשהתה כ"ה שנים, ממילא גם אם היא מודה שמחלה בלבה אין מועיל זה, אך זה דוחק הוא לומר שמיירי הגמ' במקום שהיא מודה שמחלה ודו"ק] אמנם באמת בלא"ה תמוהין דברי הב"מ שכתב שמטעם מיגו להוציא לא מהימנא לומר שלא מחלה במגו שהזכירה, דהא היא הוה ברי והיורשים טוענים שמא מחלה ובמקום ברי ושמא סוברים הראשונים דאמרינן מיגו להוציא. — ומצאתי בספר הפלאה שהעיר ג"כ בקונטרס אחרון שלו (בהל' כתובות בסי' ק"א) להאי דינא כפי דעת הבית מאיר שהיא נאמנת לומר שהזכירה בתוך כ"ה שנים, והקשה ג"כ דלהימנא במגו שלא מחלה, ורצה לתרץ מטעם מיגו להוציא, ורצה לומר שמזה הטעם אמרינן בגמ' שבשטר כתובה יוצאה מת"י לא אבדה כתובתה בשהיית כ"ה שנים, ואח"כ הקשה שם בהפלאה דהא במקום ברי ושמא אמרינן מיגו להוציא עד דמסיק אח"כ שמטעם דזה הוה חזקה אלימתא שמחלה, ע"כ לא מהני ע"ז מגו, והוה כעין מגו במקום עדים דלא אמרינן. — ועפ"ז תתחזק לנו הראיה דע"כ המחילה בעת שמוחלת בלבה בתוך כ"ה שנים חלה אז, דאם לא כן שנאמר שרק בסוף כ"ה שנים כשהוא אומדנא דמוכח אז חלה המחילה ומקודם לא חיילא משום שהיא מחילה בלב ודברים שבלב אין דברים, א"כ למה לא תהא נאמנת במיגו לומר שבשעה האחרונה לא עלה אז על דעתה מענין כתובתה ולא מחלה אז, הכי נאמר שגם זה נחשב לחזקה גמורה כמו אנן סהדי שבאותה שעה האחרונה הסכימה אז למחול הכתובה, ועיין בספר בית יעקב להגאון מהר"י מליסא שהוא הכריע בפשיטות שלא מהימנא האשה לומר שתבעה או הזכירה להיורשים לתבוע מהם הכתובה בתוך כ"ה שנים (ונסתר הוכחתי הנ"ל), וחולק על ההפלאה והבית מאיר, ולא הביא לדעתם בזה, ולדינא למעשה צ"ע איך לפסוק אם כדעת הבית יעקב או כדעת ההפלאה והב"מ, ומ"מ מסברא קשה לומר אם שבתוך כ"ה שנים לא מהני מחילה שבמחשבתה, שיחזיקו הדין על השעה האחרונה כמש"כ למעלה:

אמנם נראה דאפשר לומר שמחילה שבלב שאין מועילה משום דדברים שבלב אין דברים כדעת מהרי"ט והשער משפט, רק במקום שמתגלה הדברים שבלב לאחרים שאז חלה המחילה, ונאמר שגם אם הגילוי הוא אח"כ מהני שהמחילה היא בעת מחשבתו. פירוש הדברים שכל שהדברים עתידים להתגלות לאחרים אז חל הגילוי למפרע מן עת שהיה הדבר בלבו, רק כל זמן שלא נתחרט ממה שגמר בלבו טרם שנתגלה הדבר, ולכן בשהתה כ"ה שנים, וכן בשהה בכדי שירא לתגר או לקרובו המחילה שבלב שהיה קודם התגלות מועילה אח"כ בעת שהוא מתגלה, וע"כ שפיר מועיל המחילה גם שהיה בתוך כ"ה שנים אח"כ כשנגמר הכ"ה שנים, מ"מ הראיה מה שדקדקתי מהאי דינא של הגהת אשרי ומדברי הפוסקים שהביאו לדין זה נראה שהוא הוכחה שמועיל גם במקום שאין כאן הוכחה ברורה. — והנה סברא זו שכתבתי להנך דסברי שמחילה בלב אין מועיל, רק היכא דאיכא הוכחה וכתבתי שההוכחה שבסוף מועלת למפרע, יש להעיר ע"ז מדברי התוס' (גיטין ל"ב א') ד"ה מהו דתימא שכתבו שלרבא דאמר גילוי דעתא בגיטא מלתא היא הוא דוקא אם נודע הגלוי דעת קודם שבא הגט לידה, אבל אם לא נודע אותו הגלוי דעת עד אחר שהגיע הגט לידה לאו כלום הוא, כגון דהוה רהיט בתר שליח לבטוליה אך השליח חשב שמה שרהוט בתריה למימר אשור הב לה כו', וכי מבטל אחר שבא הגט לידה לפי שסבר שביד שליח הוא אגלאי מלתא למפרע דלבטולי רהיט, קמ"ל מתניתין דלאו כלום הוא, משום דכיון שבאותה שעה שהוא רץ לא נודע לו להשליח ולא לאשה ולא לב"ד והוו להו דברים שבלב ואינן דברים כו' עיי"ש, הרי מוכח שאף שנתגלה לבסוף הדברים שבלב מ"מ אין מועיל לעשות להדברים שבלב דברים למפרע, מיהו יש לחלק ולומר דהתם בא הגלוי דעת מן הדברים שבלב בעת שאי אפשר לבטל היינו לאחר שנמסר הגט ליד האשה ע"כ בטלים המה הדברים שבלב, משא"כ כאן במחילה שבא הגילוי דעת מן הדברים שבלב המוקדמים בעת שראוי למחילה מועיל למפרע מן עת שהיתה המחילה בלבו, וכיון שאנו רואין שסברא זו עלה להגמ' לומר דמהו דתימא דאגלאי מלתא למפרע דבטולי בטליה, א"כ יכולים לומר היכא שבא הגלוי דעת מן המחשבה בעת שחזי לחול הדבר מהני גם למפרע:

ובעצם הדין לענין מחילה בלב אי הוה מחילה נראה שזה היה מסופק להר"י בעל התוס' שאיתא בגיטין (ל"ב ע"א) בתוס' ד"ה מהו דתימא לאופן האחד שהביאו שם בשם ר"י אהא דלא מהני מה שבמחשבתו היה לבטל קודם הנתינה, וכתבו שם שזה הוה משום דברים שבלב אינם דברים, וכתבו שם אע"ג שאין דומה להא דקידושין משום דשם נודלא חשש לפרש כו' אבל כאן עושה כל מה שיכול לעשות מ"מ עשאוה כדברים שבלב, וא"כ נראה

מדבריהם

מדבריהם שבאמת מן הדין ראוי שביטולו בלב יהיה נחשב לביטול רק עשאוה מדבריהם וביטלו חכמים להביטול, וא"כ נראה שמן הדין הוא כל שאין מנגד להדברים שבלב מדיבורו בע"פ הוה דברים מן הדין, וא"כ לפ"ז מחילה שבלב שפיר הוה מחילה, עוד כתבו שם התוס' ועוד נראה לר"י שדברים שבלב אינם דברים אפילו היכא דקיימא לן שנאנס מלפרשה כו' הרי סוברים התוס' שדברים שבלב אינם חשובים כלל רק היכא שידוע לן דעתו מעצמינו, וא"כ המחילה שבלב אינה כלום, כמו דאמרינן שביטול הגט היינו שאין חפץ בהגט אינה כלום מה שבלבו למנוע הגירושין. — והנה מסיגנון דברי התוס' לקמן (דף ל"ג ע"א) משמע שם מדבריהם בד"ה רבי, שגם בביטלו בפני ע"א אין מועיל מן הדין משום דאין דבר שבערוה פחות משנים, וא"כ כש"כ במקום שהוא רק בלבו ולא נתגלה הדברים ודאי דאין כלום מן הדין דהא אין כאן עדים, ונראה לענ"ד לומר שזה יהיה הסבר שלישי לבעלי התוס' לא כמו שכתב הר"י בתירוצם הא' שהוא רק שחז"ל עשאוה כדברים שבלב, ולא כתירוצם השני שדברים שבלב אין ביכולתם לפעול מאומה, רק לענ"ד נראה שזהו כעין מה שכתב הפני יהושע (בדף ל"ג) על דברי התוס' שם שחקרו בהטעם שאין מועיל הביטול בלבו שכתב שם ולולא דבריהם נראה לו טעם אחר, שגם אם היה הדין בהא דקידושין שדברים שבלב הוי דברים, שם בעת מעשה מחליט הדברים שבלב את מה שנעשה ע"י שהוציא בפיו ובזה חוקרים אם דברים שבלב דברים או לא, משא"כ כאן כיון שמתחלה היה פיו ולבו שוין לעשות השליחות, אין כח אח"כ להמחשבה לבטל הדיבור המוקדם, וכי היכי שמצינו שאין דיבור מוציא מידי מעשה, וכמו דאמרינן שלענין טומאה לא אתי מחשבה היינו דיבור ומוציא מידי המחשבה הקדומה משום דכמעשה דמי, וריש לקיש סבר שגם דיבור לא אתי לבטל דיבור הקדום ור"י דפליג עליה רק הוא שדיבור מבטל דיבור, אבל מחשבה אין מבטל דיבור, וסברא זו תהיה בכוונת דברי התוס' (בדף ל"ג ע"א) שס"ל שביטול בפני אחד מן הדין אין מועיל משום דאין דבר שבערוה פחות משנים, הוא ג"כ כעין זה שהדיבור שהוא שלא בפני עדים בדבר שבערוה, אין חשוב ואין יכול לעקור הדיבור הראשון שנעשה בפני שנים, או במסירת הגט החתום בעדים, שזה ג"כ כנעשה בפני שנים הוא, ולכן אין מועיל לבטל זה מה שנעשה שלא בפני שנים, וממילא מחשבה שבלבו או גלוי דעתא לאביי אין יכול לעקור המעשה הקדומה שעשה לשליח או שנתן הגט על לאחר זמן הגם שזה לא נחשב מעשה רק דיבור למאי דקיי"ל כר' יוחנן, וא"כ לפ"ז גם דברים שבלב חשובין הם באמת במקום שאין עוקר למעשה הקדום ע"י הדיבור, ולפ"ז מחילה שבלב יהיה נחשב למחילה וכמו דאשכחן גבי שהתה כ"ה שנים ולא נצטרך לחלק בחילוקים הנ"ל, ואין לומר שגם במחילה מיקרי ג"כ עקירת דבר הקדום היינו השיעבוד שהיה לו על הלוה וכדומה, ז"א דא"כ גם דיבור לא היה ראוי שיועיל דהא השיעבוד נעשה מעיקרא ע"י מעשה קנין והלואה וכדומה, אלא ע"כ צריך לומר שזה לא מיקרי עוקר דבר הקדום שמתחילה נעשה השיעבוד לטובתו שכל זמן שירצה המלוה להחזיק השיעבוד, אבל כשימחול ויסלק מהשיעבוד משם ולהלאה אין לו שיעבוד, וא"כ ה"ה מחילה בלבו צריך להיות כן, וא"כ מראין הדברים שמחילה בלב ג"כ הוה מחילה לפי שיטות הרבה פוסקים, ולכל הפחות הוה זה ספיקא דדינא:

ומה שהעיר בשער משפט שם (בסי' צ"א) להביא ראיה דמחילה בלב אין מועיל מסוגיא (דב"ק צ"ג ע"א) יש לאו שהוא כהן, והקשה על מה שאמרו שם בגמ' שגבי קרע את כסותי באומר הקורע ע"מ לפטור, והוא אומר לאו מפרשינן הלאו כהן, למה אמרינן גבי ממון שלאו כהן כיון שאפשר לפרש כלאו ממש למה עדיף זה ממה שאמר קרע את כסותי לחוד שגם כן יש להסתפק בכוונתו אם בלא תשלום דמים כוונתו, או קרע ושלם קאמר ומחייבינן ליה ובאומר לאו תלינן שבתמיה קאמר כמו הן, וע"כ החליט מזה שבקרע את כסותי סתם שלא זכר אודות תשלום כלל גם אם כוונת לבו בלא תשלום הוה מחילה בלב, ובאומר לאו שיש להסתפק בכוונת דברו אל הספק עכ"ד, ולענ"ד אין מזה ראיה דבקרע את כסותי סתם כיון שלא הזכיר כלל אודות פטור, מהימן לומר שהיתה כוונתו ע"מ לשלם לו ולא ע"מ לפטור, משום דהזיקו ודאי והפטור ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, אמנם במקום שאמר ע"מ לפטור הלא גילה הקורע בדעתו לפני בעל הכסות שאין רצונו לקרוע ולשלם רק ע"מ ליפטר ולכן אם איתא דאין כוונתו של האומר ע"מ ליפטר היה לו לענות דבר ברור, ומדאמר לאו לשון נבוך, נשאר דבריו שאמר ע"מ ליפטר, ובראשי אברים אמרינן להיפך ודו"ק, ובלא"ה צ"ע לענ"ד מה שמדמי זה למחילה בלב הא כאן אין ענין למחילה רק הוא נתינת רשות לעשות בממונו דבר זה, ואין זה דומה כלל לענין מחילה. — היוצא מכל האמור שנראה לענ"ד שענין מחילה בלב הוא ספיקא דדינא וסעד גדול יש שהעיקר לדינא שמחילה בלב הוה מחילה, ולכן יש לגלגל עליו שלא מחל בלבו או לתן ח"ס ע"ז במקום שיש להסתפק לפי הענין על שתיקתו שהיה כאן מחילה בלבו כן נראה לענ"ד:

סימן טז

אשר כתבתי בימי עלומי בשנת תרי"ט לכבוד הגאון מו"ה אברהם שמואל זצ"ל לק' ראסיין שהית אז אב"ד דשם על גופא דעובדא שנשאלתי אז וכתבתי אז בזה להגאון הנ"ל והשיב לי על דברי וחזרתי וכתבתי לו ע"ז, ותוכן הענין יובן מתוך דברי שכתוב כאן:

ראשונה השיב מר על מה שכתבתי דהפלגא מלוה יכול להשתמש לעצמו (עד שיבורר שמת ואז יומסר לצדקה כפי מה שצוה) מהא דקיי"ל כרבא (ב"מ ק' ב' להכי יהבי לך לעסוקי כו'), לענ"ד יש לדון בזה לענין נ"ד, והוא שיש לחקור בסברת הטעם דאין לו רשות להשתמש בהמעות לעצמו כיון שמ"מ הפלגא מלוה הוא ומעות שלו הן ובאיזה איסור יעבור עליהם, אם איסור גזילה היאך יהיה חל איסור גזילה על מעות שלו. — ולכאורה היה נראה לומר הטעם כמו שאמר בגמ' להכי יהבי לך לעסוקי כו' וא"כ נמצא שעל זה לא הלוה והרי הן מעותיו של הנותן בעיסקא, אך עדיין יש לחקור הא תינח קודם שעסק בהמעות שפיר נוכל לומר שלענין זה הם מלוה לעסוק בהם אבל לא לענין אחר, וכל שרוצה לעשות בהם דבר נתבטלה המלוה וחוזרים המעות להיות של נותן העסק, אבל לאחר שעסק ונתחלף המעות של הנותן לדבר אחר ונעשה פלגא מלוה מהו האיסור שאסור להלוה להשתמש בהם בהפלגא מלוה, ונראה שצריך לומר שזה נחשב כאלו התנה שיהיה בידו רק בעסק וכל שישלח בו יד יתבטל שם הפלגא מלוה למפרע והרי נעשית כולה של הנותן, אך זה צ"ע חדא שא"כ יתחדש לנו דין חדש, שאם ישלח יד בהמחלה מלוה לעצמו יתבטל למפרע וכל הריוח שהיה מקודם יהיה שייך להנותן, וביותר קשה לי דברי הגמ' דבתר הכי דאמר רבא דלהכי קרו לה עיסקא שאם מת לא יעשה מטלטלין אצל בניו, ופירש"י כיון שצריכה שתהיה קיימת סמיכתו עליה וכמו קרקעי דמיא, ולמה לנו להוסיף כל זה הא רבא דסבר לעיל דאמרינן להכי יהבי לך לעסוקי, וכל שלא לעסוק אין עליה שם מלוה והכל נחשב מעות של הנותן, והיאך יעשה מטלטלין אצל בניו כיון שאינן מעות שלו, ומדברי רש"י נראה שבאמת טעמא דרבא הוא שמעות של הלוה הם נחשבים רק משום שצריכה להיות קיימת כמקרקעי דמיא, ולכן נראה לענ"ד לומר בטעם הדבר דאין הכי נמי דחשובה מלוה, אך

כיון

כיון שלענין זה לא הלוה לו, הוה ליה כמלוה שהגיע זמנה לפרוע ואיסורו לא משום לא תגזול הוא, רק משום שאין מקיים המלוה של פריעת החוב והמלוה יכול להוציא ממנו המעות כדין גביית חוב, ואין חילוק בזה בין שהוציא המעות על סחורה ובין שהמעות עדיין בעין דהא אנן קיי"ל במלוה שתיכף שקבל הלוה המעות אין רשות לבעלים לחזור גם קודם שהוציאן הלוה, כדאיתא בקידושין (מ"ז ע"ב):

אמנם מדברי הרי"ף לא משמע הכי דהא כתב דאי עבר ופליג ורווח בפלגא דיליה שייך הריוח ג"כ לשותפות, ולמש"כ שמטעם פריעת מלוה אתינן עלה הכי נאמר שאם ירויח במעות מלוה אחר שהגיע הזמן פרעון יהיה שייכים להמלוה, וא"כ ע"כ צריך לומר משום דהמלוה מתבטלת ונעשה פקדון, ע"כ נראה לומר הטעם שבאמת כל דבר שהוא של שותפות כל פרוטה ופרוטה שייך חציו לזה וחציו לזה, ואין לברר שזהו של זה וזהו של זה, וכל שותפות הנחלקים יש לבוא ע"ז מצד שני טעמים, או מחמת שכל שחולקין הוי כאלו מוכר כל אחד לחברו חציו שיש לו בחלק חברו עבור חציו של חברו שיש לו בחלק שהוא עתה לוקח לעצמו, או מצד ברירה שנתברר מעיקרא שזהו חלק שלו מתחלה ובממון אמרינן ברירה, [וכן כתב מהרי"ט (בסי' כ"ג בחלק חו"מ) בהא דתשו' הרא"ש בדין של שטר שכתב בו כל המוליאו], ואם נאמר בחלוקה מטעם מכירה לכאורה הדבר צ"ע היאך יכול לחלוק שלא מדעת חברו כיון שאין כאן חברו לפניו המקנה לו, מיהו הדבר הנחלק ע"פ ב"ד שפיר י"ל שיש רשות ביד ב"ד למכור לו חלקו של חברו שיש במחלה שלו, כיון שהדין נותן שיש לו רשות לחלוק, אבל הא קשיא לי בהא דקאמר הגמ' זוזי כמאן דפליגי דמי ויכול לחלוק גם שלא בפני ב"ד היאך יקנה לו חלק חברו שלא מדעת חברו, מיהא בזה יש לומר כיון שבאמת יכול לחלוק ע"פ ב"ד, ולכן בדבר שאין לו היזק כלל אמדינן סתם דעת אדם כי אין נקפיד בזה אם יקח מעותיו המובלעים בחלק שיקח חברו כיון שמשלם לו במעות וזה דומה למפקיד מעות אצל חברו שמותר להשתמש בהם, אך הא קשיא מהא דאיתא בב"ק (קט"ז ע"ב) דבמקום פסידא שותף חולק שלא מדעת חברו ופירש"י אפילו לא ירצה חברו ואין צריך ב"ד, והיאך יקנה חלק חברו בעל כרחו של חברו, ע"כ צריך לומר שמטעם ברירה אתינן עלה והיינו טעמא לפי שכל שותפות לחלוקה עומד ולכך נשתתפו מקודם שהחלק שיבורר אח"כ בעת חלוקה לאחד מהם יהיה שייך לו, ולכן במקום פסידא כיון שאז הוא זמן החלוקה יכול לחלוק שלא מדעת חברו והחלק שלוקח לעצמו מתברר שלמפרע לכך נשתתפו שיהיה זה חלק שלו, ובזה יהיה אתי שפיר דברי הרי"ף לפי שכאן הדין שאין לו רשות להשתמש במעות הפלגא מלוה וכל זמן שאין רוצה לעסוק עבור חברו נגמר ההלואה ומחויב לפרוע לו, ונמצא שלא ניתן רשות מצולם לו לחלוק את העיסקא, ועל כן דינא הוא כמו שהוא קודם שנתחלק שבכל פרוטה ופרוטה יש חצי של חברו נותן המעות בעיסקא, זהו הנראה לענ"ד בביאור דברי הרי"ף:

ובסופק אני לפי זה בעיסקא שנזדמן לו הפסד פתאום אם יכול מקבל העסק לחלוק להציל מחצה ולומר לעצמי הצלתי חלק המלוה שלי במקום שאי אפשר להציל חלק חברו, מי אמרינן כיון שעצמות העסק לא עמד לחלוקה ותמיד אמרינן בכל פרוטה נמצא מחצה מלוה ומחצה פקדון, או שאנו אומרים כיון שיש כאן הפסד גם כאן אמרינן שהגיע זמן חלוקה ויש רשות לחלקו שלא מדעת חברו, ונראה מפשטות לשון הגמ' דרב אידי ב"ר אבין דאמר אם מת נעשה מטלטלין אצל בניו לא פליג ארבא דאמר שלהכי יהבי לך לעסוקי ביה ולא לעשות בו דבר אחר, דאם דברי רב אידי הוא דוקא לפי דברי נהרדעי הו"ל למבעך מימרא זו למימרא דנהרדעי ומימרא דפלוגתא דרבא ג"כ אתרווייהו לומר להכי קרי ליה עיסקא לעסוקי ובאם מת לא יעשה מטלטלין, וא"כ הרי מוכח

דלרב אידי ב"ר אבין אם מת יכולין לחלוק השותפות כדין כל השותפין וימסרו לו להנותן מחצית הפקדון ומחצית המלוה ישאירו לעצמם, ולפ"ז נראה שכן במקום פסידא ג"כ יכול לחלוק לעצמו חלק המלוה. מיהו אין זה ראיה דשם כיון שיש חלק המלוה השייך לבניו לאחר מיתת מקבל אליבא דרב אידי ע"כ צריכים לחלק, אבל לענין פסידא כיון שלא ניתן רשות לחלק ומעולם לא עמד בשעת השותפות ע"ד לחלק, גם במקום פסידא אי אפשר לחלוק. — אך כד מעיינינן בה שפיר אשכחן דין חלוקה בעיסקא שאם היה סחורה שקנה בהעיסקא אם ירצה המקבל לקח חצי סחורה לעצמו ולסלק עבור זה הוא חלק המלוה במעות וחצי הסחורה ימסור להנותן ודאי שיהיה ביכולתו, וא"כ כיון דאיכא גוונא דמשכחת חלוקה בעיסקא שפיר יכול להציל לעצמו חלק המלוה ויאמר לעצמי אני מציל, ואם שהעסק בטל מעכשיו, צריך לפרוע תומ"י להמלוה חלק המלוה שהציל אחרי שנתבטל חלק הפקדון לעסוק עבור הנותן, ויפרע לו עתה מה שהציל. — ובזה נראה להסביר סברת הרבוותא שהביא הרי"ף שפסקו דמהני מה שחלק בדיעבד דאינהו סברי כיון דאיכא גוונא דמשכחת חלוקה, כל שחלקו הוברר חלקו, ואם שאין לו רשות להשתמש במעות המלוה מפני שמחויב לפרוע תיכף כיון שאין עוסק בחלק חברו, מ"מ הריוח שייך לעצמו שמ"מ מלוה היא, וזולת זה לענ"ד אין מקום לדינא דרבוותא שמטעם שליחות יד אין שייך כאן כיון שסבר שלו נוטל דמלוה שלו היא, וזה דומה למה שאמרו בגמ' יבמות (נ"ב ב') עודר בנכסי הגר וקסבר שלו הן לא קנה משום דלא מכוון למיקנא, וה"נ לא מכוון לקנות חלק חברו רק שלו:

ומעתה אשובה לנ"ד בעיסקא שלנו שידוע הוא אשר המעות של העיסקא אין מונחים מפורשים בפני עצמן, רק מובלעין בתוך ממון של המקבל העסק ורשות נתונה לו לסלק הקרן עם הריוח הקצוב בכל עת שירצה, גם כשיש בידו סחורה הקנויה ממעות העיסקא שכן הוא התנאי, וא"כ בנ"ד שהמקבל רוצה לסלק עצמו מהעסק והנותן אינו לפניו שיקבל ממנו וא"כ למה לא יוכל לחלק, אותו המחצה פקדון יהיה מופקד בידו עד שיבא המפקיד או יתברר ע"י בירור גמור המועיל ע"פ ד"ת שמת ויתנו לב"כ כפי נואתו, והמחצה מלוה אין תקנה שתהיה מונחת שע"י זה לא יפטר מן האחריות אונסין וגניבה, וא"כ אין כאן משום עיכוב פרעון שהוא אין מקיים פריעת חוב שהגיע זמן, שהרי אין מי שיקבל ממנו, ומטעם שלא נתברר לו חלקו ג"כ אין אנו יכולים לומר כיון שכאן אין המעות של העיסקא מונחים בעין רק הוא מסלק מכיסו שהרשות בידו, ויכול לסלק עבור הפקדון והמלוה ישאר אצלו, וע"כ צריך להיות כן דהא גם אם יפריש כל המעות של העיסקא מ"מ לא יהיה סילוק רק למעות הפקדון שהוא עליהם שומר אבל לא לחלק המלוה, וא"כ למה יצטרך זה להפריש מעות המלוה. זהו הנראה לפי דעתי הקלושה:

עוד כתב כבוד מר בענין נידון דילן שטעה שסבר שמותר להשתמש, וכל שמחמת טעות הוא הדר. והוי לבעלים ולא חשיב שליחות יד, ורצה כ"ג לומר שבזה כו"ע מודו גם הדיעה הראשונה שבסימן קפ"ג, גם ציין כבוד מר לדברי השו"ע חו"מ (סי' קע"ו ובסמ"ע ס"ק מ"ז), הנה באמת כן הדבר שבמקום טעות כ"ע מודו להרי"ף והרמב"ם גם הדיעה הראשונה (בסי' קס"ג סעיף ג'), וכאשר הביא כבוד מר מהמרדכי שדעת רש"י כדעת הרי"ף והרמב"ם. אך מ"מ נראה לענ"ד שרק במקום טעות סובר רש"י דלא הוה שליחות יד וכבר האריך הרשב"א בחידושיו לב"ק (בדף ק"ג) בסוגיא דהנותן מעות לשלוחו, דשליחות יד מהני רק באם גילה זה בפני עדים, אבל בלי עדים אין נאמן והוכיח כן מסוגיא דשם ודבריו נכונים וכן מעין דברי הרא"ש בפסקיו שדווקא משום דלא נתכוון השליח לקנות לעצמו לכך קנה המשלח יעו"ש, וכבר הביא הד"מ בח"מ שם כמה דעות הסוברים כן, ובאמת המעיין

בדברי

בדברי המגיד (בפ"ז מהלכות מכירה) יראה שכתב שם שקרוב לזה הוא דעת ההלכות בפסק דהמקבל יעו"ש, והיינו שעיקר הפסק דהמקבל בעיסקא שחלוקתו אין מועיל, אין ראיה לדין זה שלא יועיל מה שהשליח משנה ואומר לעצמו הוא עושה, דהתם מדין טעות הוא, רק מלשון הרי"ף דשם יתבאר מ"מ שגם בשליח ששינה נמי הדין כן דמוכח שם שגם אם שינה בכל המעות, אין מועיל תנאו, וכלשון זה הוא ג"כ לשון הרשב"א בחידושיו שם בב"ק יעו"ש, ע"כ נראה לומר שגם הרשב"א וכל סייעתו החולקים בשליח, בפסק דהמקבל בעיסקא מודים דלא מהני תנאו, וטעמו משום דבטעות הוא שכסבור שאלו הוא נוטל, ולא נתכוון מעולם לגזול, אבל מ"מ בנ"ד אין סברא לומר שמחמת טעות הוא נחשב ולכן יבטל מה שאמר שיעשה שמסלק עצמו מהעסק וחוזר העסק מתנה להנותן שאין זה דומה לזה, שהרי נתכוון לשלוח יד שהרי ידע שכל העסק שהיה אינו של המקבל וידוע הוא לו שמתנה הוא של הנותן רק כסבור שמותר להשתמש במעותיו ואומר מותר הוא, אבל בעיקר הדבר אין כאן טעות, וראיה לזה מדברי הג"א בפ' הגוזל קמא דמביא שם בשם אביו, דנאמן לומר לעצמו עשה שלפי דעתו סברה לשלם לראובן מעותיו היתירא עבד עכ"ל, הרי ששם אין מגרע לנו הסברא דטעות שסבר היתירא הוא ואדרבא אלומי קא מאלם בזה לטענתו, ומ"מ גם מדברי הג"א הנ"ל אנו למדין שדעת הריב"ש שהובא שם ודעת אביו של הכותב שם סוברים ג"כ שתנאי מועיל, אם היה משנה לפני עדים לעצמו *).

גם מה שמבואר (בסימן קע"ו סעי' *) [ויעוין במל"מ בפ"ד מהלכות י"ח) שאין מועיל החלוקה שחולק שותפין שמביא בשם הפמ"א שלא מדעת חברו וגם הריות שייך ודבריו לא נראו לו ומביא בשם לשותפות ודעת החולקים גם מהרשד"ם ומהרלנ"ח שחולקים בהפסד, הוא ג"כ מטעם זה כיון של דינו של הרב פ"מ ולענין שסובר שאלו הוא נוטל את חלק דינא נראה מדבריהם שפוסקים המתנית שלו לכן לא קנאן בתורת שכשאומר לפני עדים שמועיל]:

גזילה ושליחות יד:

והנה כבוד מר הביא בהגה"ה דברי רבינו ירוחם שמחלק בין שליח לשותף שגבי מקבל עסק בנתיב כ"ז במישרים כתב והכי אמר בפני עד"ס לעצמי אני קונה נעשה גזלן על המעות והכל שלו, ובנתיב כ"ח גבי שליח כתב דהם אמר בפני עדים לעצמי אני קונה דאם לא שינה לא מהני תנאה, ונתפלא בג"ת על חילוקו, אמינא מטיבותיה דמר נראה לענ"ד לתרץ. ובקודם הכתוב מה שאמרתי בעת לימודי שם בסוגיא (ב"ק ק"ב) על מה שהביא הרשב"א בחידושיו שם בשם בעל מתיבות דלא מהני מה שהשליח גילה דעתו בפני שנים ואומר לעצמו הוא קונה, ותמה מן הסוגיא דשם שהוכיח הרשב"א שם בדבריו שהיכא שקנה לפני עדים בפירוש לעצמו, שהריוח אין שייך למשלח, יעוין שם היטב, ובאמת דעת הרי"ף והרמב"ם ג"כ כדעת בעל מתיבות, וראשית אומר בכוונתם דזה ודאי מודו שנעשה גזלן על המעות במה שאומר שקונה לעצמו, אמנם זה ידוע בגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ונטלו רצה מזה גובה, ורצה מזה גובה, וא"כ המעות הם עדיין של הנגזל גם שהמה ברשות המוכר וא"כ להלוקח ודאי לא נקנה הסחורה שהרי מקח טעות הוא שנתכוון להקנות עבור מעות והוא לא קבל מעות, אמנם אם זה נקנה להמוכר נראה לומר לפי דעתו של הבעל מתיבות ז"ל כיון שקיי"ל לפי המסקנא שדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות וכמו שהעלה הרשב"א ז"ל שזהו סברת המסקנא, ולכן כאן כיון שבעל המעות עשה שליח על סחורה אחת ידועה ואותה קנה השליח לעצמו וכיון שבעל המעות רצונו בזה הסחורה והמקנה הקנה לו ג"כ קנה, לא מיבעיא בקרקע כעין עובדא דקידושין ודאי שקונה הבעל המעות לגמרי אלא שגם במטלטלין דבעינן משיכה והשליח משך לעצמו, מ"מ כיון שהמשיכה נתבטלה מפני שבטעות היתה נתינת המעות וכדכתיבנא והקנין מעות נשאר שייך להמשלח, ובאמת היה יכול לחזור בו ולקבל מי שפרע אבל בסתמא שאין חוזר בו יכול הבעל המעות לגבות את גופו של הסחורה מן השליח. ועוד נראה לומר שבכל בכה"ג המעות קונות לגמרי לדידן דקיי"ל כר' יוחנן שמעות קונות מה"ת, בהאי גוונא דלא שייך לומר נשרפו חטיך בעליה שהרי השליח חייב עליהם באונסין מדין שליחות יד שהוא כגזלן, וגם כל כה"ג הוה מלתא דלא שכיחא:

אך לפ"ז יסתעף דין חדש שבמקום שהמקנה ידע שמעות הללו של המשלח הן שלח בהן יד וקנה לעצמו, והוא הקנה להשליח שיהיה שייך לו, וכן אם קנה סחורה מן א"י יהיה זה שייך להשליח, משום שמן א"י משיכה קונה ולא מעות, להרבה מרבוותא, והמוכר כיון דמטי זוזי לידו אסתלק ליה ורק על השליח מוטל לשלם המעות שמסרן להא"י בשליחות יד, אמנם בשמעתא דב"ק שהשליח שינה מן דעת משלחו אם שדעת המקנה לבעל המעות מהני ע"י אמצעית השליח, אבל כשהשליח חושב לעצמו בטל הקנין לגמרי, וכן לר' מאיר שאמר שבשינוי נעשה גזלן, וכאן לא שייך לומר מש"כ משום דהמעות עדיין של הנגזל, דמ"מ הסחורה א"א שיוקנה לבעל המעות אחרי שאין רצונו בזה ובמה יקנה לו, ואין הכי נמי אם היה המוכר חוזר ודאי שיכול לומר שמקח טעות הוא לפי שהמעות שקבל אינם של הלוקח והיה יכול לחזור, אבל מסתמא יכול השליח הקונה לתן מעות שלו להנגזל הוא בעל המעות ולשלם לו עבור מעות שלו שביד המוכר וממילא יופטר המוכר מתשלומין, ונשאר הקנין שייך להלוקח ממילא אחרי שנשאר מעותיו של השליח ביד המוכר, והמוכר לא הדר ביה ממכירתו כי מסתמא לא חזר בו ממכירתו ודבריו, כל כמה דלא חזינן חזרתו, ויעויין תוספות ד"ה מי הודיעו ודבריהם צ"ע לפ"ז:

ומעתה יש לומר שזהו שיטתו של רבינו ירוחם שהטעם שבעיסקא ששלח יד בכל המעות ואמר לעצמי אני קונה שכתב ששייך להמקבל שקנה אבל לא בשליח משום דאיהו ג"כ סובר כמש"כ לסברת בעל מתיבות משום דכיון שהמשלח רוצה בזה הסחורה שקנה מהמוכר והמוכר מקנה לבעל המעות ע"כ נעשה שלו כל שלא שינה ממה שאמר לו לקנות עבורו, אך במקבל העסק לשותפות ששלח יד וקנה בכל המעות לעצמו לא נוכל לומר שהמוכר מקנה כולו לבעל המעות שהרי אין רצונו של בעל המעות כ"א במחצה מזה שקנה, והמחצה של המלוה שהוא למקבל העסק, אין רצונו בהקניה להיות שותף עם הנותן וזה לא נוכל לעשותו בעל כרחו לשותף עם בעל המעות, לכן כיון שנעשה גזלן על המעות וכוונתו לקנות לעצמו, ע"כ לא נוכל לומר שבעל המעות קנה מחצה, מפני שזה נחשב לשינוי לגביה שהוא נוח שיוקנה חלקו על ידו של המתעסק דוקא ולא להיות שלו בפ"ע, וע"כ יכול השליח הוא מקבל העסק לסלק לבעל המעות עבור המעות שמונחים ביד המוכר והסחורה תישאר של השליח, זהו הנראה לענ"ד לומר בשיטת רבינו ירוחם. אמנם הרי"ף והרמב"ם ההולך בשיטת הרי"ף לא ס"ל הכי רק גם במקבל העיסקא נקרא זה כלא שינה וקנה מחצה ותשבינן סתמא שניחא ליה להנותן לקנות מחצה כי בודאי יתרצה אח"כ לעסוק בהעסק הנ"ל:

עתה אדברה במה שחקר כבוד מר אם שיהיה זה הסבה מעליא מה שקונה אח"כ עבור השותפות היינו להמקבל ולבעל המעות כפי העיסקא מתחלה. והנה נאמר בדבריו הק' שזה חשוב הסבה מה שחוזר לסחור עבורו ולא שייך בזה כלתה שמירתו משום דניחא ליה שיהיה בידו בכדי שיגיע לו ריוח ודומה זאת לדברי המבי"ט שהביאו הש"ך (בסי' קפ"ג ס"ק ס'), זהו תורף דבריו הק'. — ואני אומר לפענ"ד שיש לדון על דבריו הק' על עיקר הדין שכתב שהטעם בשומר שכלתה שמירתו משום שכיון ששלח בו יד אין הבעלים

רוצים

רוצים בו, אבל כאן רוצים ורוצים, ולענ"ד לא מן השם הוא זה. וגם אם זה זכות להבעלים, מ"מ לא נעשה השבה מעליא ולא נפטר מאונסין, וראיה לזה מהא דאיתא בגיטין (י"ד ע"א) בהולך מנה פקדון לפלוני דאם בא לחזור אין חוזר ומוקי הגמ' בהוחזק כפרן שזכות הוא להמפקיד, ואפ"ה לא נפטר מאחריות הרי שכל שלא הגיע ליד בעלים אין נחשב השבה מעליא, ושומר שאני שכל זמן שלא כלתה שמירתו כיד בעלים הוא, אבל בשלח בו יד נתבטלה השמירה ראשונה ואח"כ אינו יד בעלים גם דניחא ליה וזכות הוא לו כל זמן שלא עשאו לשומר בפירוש, וזהו הלשון כלתה שמירתו שעתה אין לו דין שומר, אמנם יש לדחות ראיה זו דהתם נהי שזכות הוא להבעלים מה שמונחים ביד זה הנאמן ממה שמונחים ביד הנפקד, מ"מ אין מזה טובה לבעלים יותר ממה שאם יבא זה הפקדון ליד הבעלים ממש ועל הנפקד הראשון מוטל החיוב להמציא ליד הבעלים ע"כ לא קיים בזה השבה ליד בעלים, משא"כ כאן אדרבה טוב יותר מה שיהיה מונח ביד זה בעסקא שיגיע לו עי"ז ריוח, ומתחלה לכך נמסר לידו שירויח בהם, ודאי דזכות הוא לו וידו נעשית כיד הבעלים ונתקיים השבה מעליא:

ומ"מ נראה שגם בעיסקא להרויח לא חשוב השבה וראיה לזה מהא דאיתא במרדכי בב"ק פרק הגוזל קמא סי' קכ"ב בשם תשובת רבינו ברוך שהצריך לנותן לעיסקא להתנות שיהיה לו רשות להוציא לצרכו ולזכות לו ע"י אחרים, ואם לא לקח רשות להוציא כשיצטרך ולהחזיר, הרי שלח יד בפקדון והרי הן מלוה עליו ואינן ברשות הבעלים, ע"כ. הרי שגם בעיסקא יש הדין של כלתה שמירתו, ואין כאן השבה מפני שנתבטל שמירתו על המעות ואין לו עליהם שם בעלים והשבה בעינן ליד בעלים דווקא ולא במקום שזכות הוא לו, והובאה ג"כ בתשו' מיימונית ספר משפטים סי' כ"ט, וכן מצאתי שהב"י הביא בסימן קע"ו תשובת הרשב"א [באות ל"ו] שפסק שם דמהני התנה בפני עדים שקונה לעצמו, וכתב שם ועוד מסתבר לי שאפילו החזיר למקום שנטל אותו מקצת ששלח בו יד והרויח בו מה שהותיר בו הותיר לבעל המעות או לאמצע כמו שאמרנו, ומוכח מדבריו שאילו הפסיד שייך להשליח הגם שלא שינה מחטים לשעורים רק עשה כפי מה שצוה המשלח, אפ"ה כל ששלח בו יד מקודם באחריותו עומד לענין הפסד, הרי מוכח מכאן שזה לא מיקרי השבה מעלייתא שיפטר לגמרי כן כתב הרשב"א בחידושיו. ואם נחלק בין דינים אלו לנ"ד משום דבנ"ד אין יכול למסור לבעל המעות בחזרה, משא"כ בהני דינים איירי במקום שהיה יכול למסור לבעל המעות לכן לא הוי זכות זה שעושה לטובת בעל המעות, שיכול להחזיר לו המעות, משא"כ בנ"ד א"א להחזיר לו, ולכן אפשר דהוה זכות באופן כזה, אמנם הראיה שהבאתי מגיטין יוכיח שגם שם אין הבעלים לפנינו ואפשר לומר שהכא שאני דתרוייהו איתנהו שיש לו זכות בריוח ואין הבעלים לפנינו, אך מאין נמצא לחלק אחרי שעיקר הסברא לא מצינו שזכות מועיל להחשיב כהשבה גמורה ומה מכריע לנו בין זכות קטן לזכות גדול:

והנה לכאורה פליגי הרשב"א עם תשובת רבינו ברוך שהבאנו לעיל, שהרי רבינו ברוך סובר שמן הדין לא קנה הריוח גם אם מחזיר המעות ששלח בו יד וקונה עבורו את הסחורה, שאלו היה סובר שהריוח שייך לאמצע רק לגבי הפסד אין נחשב להשבה, למה יאסר זה מטעם ריבית הא קיי"ל שמקבל העסק מותר לשנות מציווי של הנותן, הגם שמן ההפסד לא יהיה על הנותן עבור השינוי, מ"מ מותר לו לקבל ריוח משום שהריוח מגיע לו מצד שהרויח במעותיו, ומעיקרא בעת הנתינה היה קרוב לשכר ולהפסד, והוא פשע זאת בשינויו, וה"נ דכוותה, שהוא פשע במה ששלח יד בהמעות ומחמת זה ההפסד עליו הוא, ומ"מ הריוח שייך להנותן מפני שמזכה המעות או הסחורה עבורו, א"ו שדעת רבינו ברוך הוא שכל ששלח יד בהמעות כמעות שלו הן נחשבים לגמרי וכיון שדעת המוכר לבעל המעות הוא מקנה לכן לא שייך הריוח להנותן, ואם יתן הריוח הרי הוא ריבית אחרי שלא נקנה הסחורה במעות של הנותן רק המה חוב עליו, אמנם הרשב"א סובר שכל שהניח המעות שייך הריוח להנותן. — ואולי יש ליישב דבריהם שלא יחלוקו זה על זה שאין הכי נמי כדעת הרשב"א שהמעות של ריוח שקנה הסחורה עבור הנותן שיהיה לו חלק בו שייך להנותן מן הדין, ויהיה זה הריוח לאמצע, אך מ"מ איסורא איכא בזה כיון שכל ההפסד שייך על המקבל ואין דומה לשינוי דבר אחר שהאחריות הוא מחמת זה על המקבל ומותר לעשות כן ששם הדין שבהפסד שאין השינוי גורם לזה הוא מן הדין על הנותן וכמבואר בסמוך, ועוד ביארתי בעז"ה במקום אחר, ועוד שם בעת קניית הסחורה היה באפשרו לעשות שלא יגיע לו הפסד להמקבל שהיה קונה את הדבר שציווהו, משא"כ כאן בעת קניית הסחורה עבורו לא היה לו שום אפשרות לעשות שיהיה בהפסד מחלה על הנותן כמו הריוח ולכן גרע זה:

הגה"ה [אחר כותבי זאת מצאתי שהגאון ר"ע איגר ביו"ד (סי' קע"ז) ששם הובא ברמ"א בסעי' ה' הדין של תשובת מיימוני הנ"ל שאחר שלקח לעצמו גם אם יעסוק אח"כ לשותפות אסור ליטול והוה ריבית, וכתב שם הגרע"א, שהרשב"א שהביא הב"י במחו' ל"ו בסי' קע"ו בחו"מ (הוא הרשב"א הנ"ל) הוא חולק על דין זה של התשו' מיימוני, ודברי שכתבתי אז להגאון הנ"ל היה זה קודם שנדפסו הגהות רע"א על יו"ד, ולענ"ד נראה נכון שאפשר להשוות הרשב"א עם ד' רבינו ברוך הנ"ל וכמוש"כ]:

ומש"כ כבוד מר להביא שמטעם זכות חוזר לדין שומר גם ששלח בו יד מקודם מהא שכתב הש"ך בשם המבי"ט (בסי' קפ"ג ס"ק ט') שאין חייב באונסין בשליח ששינה, לא אוכל להבין דבריו, הא זה מבואר בכל הסוגיא (דב"ק ק"ב) שכל הטעם שאם הותירו הותירו לאמצע הוא משום דאתיא כר"י דאמר שינוי במקום שלא נתכוין לגזול, לא ירד עליו שם גזלן, ואלו כדברי כתר"ה שמטעם זכיה הוא אפילו לר' מאיר נמי כיון שקונה עבורו את השעורים וזכה בזה. אבל עיקרן של דברים יראה המעיין בסוגיא במה דמדמי הגמ' שינוי דשעורים לשינוי דצבע, גם ששינוי השעורים הוא הוא בחילופם של המעות, ושינוי דצבע הוא בגוף הדבר של הבעלים, והיינו טעמא שחילופם של המעות כמעות עצמן דמי במקום שלא נתכוין לגוזלם בפירוש, רק לר"מ שגוף ענין השינוי מחשיבו לגזלן גם שלא נתכוין לגזול, ולכן כאן נמי מה שקונה את השעורים בזה נעשה גזלן על המעות ויוצא מרשותן של הבעלים, משא"כ לר' יהודה מעולם לא נעשה עליהם גזלן ולכן שייך הריוח להנותן הוא בעל המעות, אמנם ההפסד מחמת שהוא גרם ע"י שינוי שלו שייך זה עליו, וכבר העירותי בגמ' שמוכח שכל הטעם שמחויב השליח בפחת הוא מחמת הטעם דלתקוני שדרתיך וכו', ומטעם זה אין שייך רק בפחת שהיה בעת מעשה הקנין שעיוות השליח בשליחותו בלקיחתו, אבל לא בהנעשה אח"כ, מיהו גם בהנעשה אח"כ חייב מטעם תחלתו בפשיעה וסופו באונס כל שע"י מעשה פשיעתו אז נעשה אח"כ האונס, ובעז"ה מצאתי כדברי בחידושי הרשב"א וזה לשונו שם „ויש לומר דהאי פחתו דברייתא בתרייתא אינו כפחתו דברייתא קמייתא דברייתא קמייתא דמוקי לה כר' מאיר אפילו בפחתו באונס, וברייתא בתרייתא דאוקי לה כר' יהודה לא קנה אלא בשינוי דצבע אבל לא בפחתו באונס" עכ"ד. כל זה כתבתי אז בשנת תרי"ט להגאון מה"ר אברהם שמואל זצ"ל ועיין לעיל (סי' ח') שהארכתי בתשובה אחרת ג"כ בענין זה של המבי"ט שהובא בש"ך בעזר"ה:

לוח התקונים מחלק יו״ד

דף	עמוד	שורה	
ט	א	ב	בשבוסות, נ״ל בשבועות
יג	ג	נד	שנא, נ״ל שלא
״	ד	יד	הש״ס, נ״ל הש״ש
טו	א	יג	במקוס, נ״ל פגוס
טז	ב	מה	לא יועיל, נ״ל מועיל
״	ג	נב	בסימן, נ״ל הסימן
יז	א	יד	אחר תיבת, שעברה, נ״ל כשרה
״	״	כה	אחר תיבת, וכן, נ״ל כתב
״	ג	כ	הררב״ד, נ״ל הראב״ד
יח	ב	מט	הש״ס, נ״ל הל״ש
״	ג	כח	או, נ״ל א״ו, ר״ת אלא ודאי
יט	ד	כא	שנשלט, נ״ל שנקלט
כ	ב	טו	חזקות, נ״ל חזקת
״	ג	ז	אבאו, נ״ל יובאו
כד	ד	יט	ופטור, נ״ל והטור
כה	א	ב	בטולמא, נ״ל בעלמא
״	ד	מז	בפטות, נ״ל בפחות
כו	א	נר	טשירית, נ״ל עשירית
״	ב	ו	חלק ואחד, נ״ל חלק אחד
״	״	בהגה״ה	ואמרתי, נ״ל אמרתי
כז	ב	נא	שבדיקא, נ״ל שבדוקא
כט	א	יא	דקאמד, נ״ל דקאמר
			מי, נ״ל אי
לא	א	ח	דרש, נ״ל דרב
״	ב	א	רלא, נ״ל דלא
לג	א	לה	שהרי, נ״ל שהכי
לה	ב	כד	מדרבנן, נ״ל בדרבנן
לו	א	לב	לא בלח, נ״ל לח בלח
״	א	נה	ריב, נ״ל רוב
״	ב	א	זה מתמירים, נ״ל והמחמירים
״	״	כא	הכא, נ״ל הכי
״	ג	לד	מביא, נ״ל מבוא
לט	ב	נד	דבקטנה, נ״ל דבקטנה
״	ג	לח	חוזק, נ״ל חולי
	ד	לו	סתיק, נ״ל סתים
מא	א	יג	רהיתה, נ״ל לידתה
״	ב	י	דרב, נ״ל דרב יוסף
״	ג	מו	מבכל, נ״ל בכל
״	ד	ה	או, נ״ל א״ו ר״ת
מב	א	כט	או, נ״ל א״ו ר״ת
מו	ג	כז	מן, ול״ל לפ״ז לנשבע בפירוש״ מיותר
מז	ב	כה	הרמב״ס, נ״ל הרלב״ח
״	ד	ד	לוא, נ״ל לו

דף	עמוד	שורה	
מח	ד	לח	גבא, נ״ל גבאי
מט	ב	כג	זאס, נ״ל ואס
נב	ד	כ	סיתן, נ״ל שנתן
נה	א	מה	מחויב, נ״ל מחיוב
נו	ב	כז	לסיטמא, נ״ל לסימטא
נז	ב	נח	בתלר, נ״ל בחלר
נח	א	מג	שהענין, נ״ל שהוא ענין
נט	ב	כד	במו, נ״ל במי
ס	ב	ג	מוסירה, נ״ל מסירה
״	״	יז	לסיטמא, נ״ל לסימטא
״	ג	נא	בדבד, נ״ל בדבר
כא	א	א	מלת „סתוקע״ מיותר
כג	א	ב	אחר תיבת, ממקוס, נ״ל קרוב
כד	ב	ב	אחר תיבת, לא, נ״ל ואמר
כה	ב	יד	נהנה, נ״ל נפנה
סו	ג	כט	מטעמו, נ״ל מטעמי

חלק אה״ע חו״מ

דף	עמוד	שורה	
ב	ג	בהגה״ה	וסברא, נ״ל וסבר ר׳ בא
ה	א	כב	למפרט, נ״ל למפרע
	ב	יב	חיים, נ״ל חזקת חיים
טו	א	מה	כנסתיך, נ״ל ולא כנסתיך
כ	א	כה	בע״ד, נ״ל ב״ד
כה	ג	כו	לענ״דל ומר, נ״ל לענ״ד לומר
	ד	ו	להואיל, נ״ל להועיל
כה	א	מג	דברי יאלו, נ״ל דבריי אלו
כט	א	ד	גס, נ״ל גם
לב	ג	כב	בהוספה, שבידה, נ״ל שביבמה
לג	א	לב	טענה, נ״ל טענה
לד	ב	מא	הלוקק, נ״ל הלוקח
לה	ב	יה	דכוונתה, נ״ל דכוותה
לו	ד	לב	הלמנתי, נ״ל אלמנתו
לח	ב	לה	קאאר, נ״ל קאמר
לט	ג	לט	וויליא, נ״ל ווילנא
מא	ב	כב	קאמניא, נ״ל קאמינא
	ב	לב	בדבריהס, נ״ל בדברים
מד	ד	נט	תתורך, נ״ל מתורך
מו	ב	לב	סרו, נ״ל שכרו
מט	א	מו	לאחר הלוקח, נ״ל הלוקח לאחר
	ג	נ	יכזל, נ״ל יכול
נא	א	ז	דסמרגאן, נ״ל מסמרגאן

סימן א בענין היתר אשת אברהם ליב בן שמואל הכהן שבעלה נהרג ע"י א"י וידובר בכמה פרטי דינים בענין סימנים ובענין הכרה אחר ג' ימים ובענין דברי החכ"ל בסי' קל"ד ותירלתי שיטתו מקושית הנו"ב והגרע"א ועוד כמה דברים בענין זה ויצאת בהיתר :

סימן ב שכתבתי לגיסי הג' ר' אלי' לוויטעבסק בענין עגונה שבעלה נהרג במלחמת פלעוונא ומדובר שם בד' הנו"ב בענין ספק תוך ג' ימים , ובענין הכחשה בדברי העדים אם זה נקרא הכחשה :

סימן ג באשה שבא מכתב ממקום רחוק שבעלה מת במחלה מסוכנה שהיו שלטת שם בעת ההיא בפרטי העדות , ואם זה נקרא דבר , לחוש לדין אם דבר הוא כמלחמה , ובענין חוזר ומגיד במי שאמר שלא בפני ב"ד שפלוני מת לעדות אשה :

סימן ד שכתבתי לרב אחד בענין זקוקה לחליצה לסמוך על ולד שמת תוך ל' יום ע"י הכרת עובר שהוא כלו לו חדשיו ובלירף גמרו שערו וליפרניו ועוד איזה פרטים בדין :

סימן ה שכתבתי לרב אחד בענין מי שעבר על חדר"ג ונשא אשה על אשתו ואח"כ רולה לחזור להראשונה, אם יש לכוף להשני' לקבל ג"פ , ואם יש לה כתובה במקום שהיא ידעה מזה ג"כ , ועוד דברים בענין זה :

סימן ו שכתבתי לרב אחד בענין קידושין , מה נקרא שדוך ואם בדשדיך בענין הוכחה שנתרלתה לקבל קידושין במחלוקת הראשונים בזה , והערה בד' הנו"ב אם נאמנת היא במקום ספק בקידושין :

סימן ז שכתבתי לגיסי הגא' בוויטעבסק בענין שעשה תנאי בקידושין למען שלא תצטרך חליצה , אם יש לסמוך ע"ז להתיר בלי חליצה שלא לחוש שמא נתרלתה בהמשך זמן, שיהיה קידושין גמורין לבטל התנאי במקום שהיא לא קבלה בשבועה שלא לבטל התנאי , והערה על נוסח של הנו"ב והח"ס בענין זה :

סימן ח בענין הנ"ל בענין חשש אונס במה שלא קיים תנאו לגרשה קודם פטירתו , ובענין המחלוקת בירושלמי באונסא בביטול התנאי :

סימן ט בענין אשת איש שנשאת במזיד שאמרה פנוי' אני , ואח"כ נודע הדבר , אם יש עליה דין חומר של אשה שהלך בעלה למדה"י בכל הי"ג דברים, והערה בענין ד' הב"ש בסי' קנ"ב , וגם יש ע"ז הוספה בסוף ח' אה"ע בענין דברי השם ארי' בענין זה :

סימן י תשובה ארוכה בענין עדי קידושין ובענין נוגע בעדות , ועוד איזה פרטים בענין זה :

סימן יא בענין אשה שנשאת לכהן בחזקת בתולה, אם לחוש לד' הבעל שאומר שלא מלא דם בתולים לחוש לאיסור , וידובר שם בכמה דברים בענין זה :

סימן יב שכתבתי לרב אחד באשה שע"י קישוי בלידה נקרע השלפוחית . וע"י הסכם הרופא מומחה היא מסוכנת אם תתעבר ותלד , אם מותר לה לקחת רפואות שלא תתעבר בלי הסכם בעלה , ואם תפסיד כתובתה ע"י דבר זה :

סימן יג שכתבתי להרהג"א , בענין אשה שישבה זמן ארוך בבית בעלה אחר מותו שבודאי כלה הקרן מכל הנשאר מבעלה, אם יכולה לגבות כתובתה מן הקרקעות של בעלה , ובארתי שם דברי הראשונים ובפרט בד' הרא"ש המובא בשו"ק :

סימן יד בענין גט בחשש שינוי השם שמעריסה הי' שמו צבי בכינוי הירש והחזיק במקום אחר בשם יצחק צבי , ואח"כ בא למקום אחר ונשא שם אשה , וגירשה אח"כ בשם יצחק צבי המכונה הירש ולא הוזכר שם צבי לבד , והעליתי שהגט כשר :

סימן טו בענין שליח שהביא גט מקוים בקיום ב"ד במקום שאין מכירין לח"י דייני הקיום אם הגט כשר בלא אמירת בפ"נ ובפ"נ , במחלקותו של הט"ז שחולק על הרמ"א שמכשיר זה , ובארתי שם היטב ד' הראשונים וחזקתי בעזה"ה דינו של הרמ"א :

סימן טז בענין שיור בגט של אחר , חוץ ממקום שהגט כתוב עליו אם הוא נחשב מחוסר קצילה והארכתי ובארתי בעזה"ה בענין מחוסר קצילה בדברי הראשונים ז"ל בכמה פרטים בדין זה , והוכחתי שאין נחשב שיור של אחר מחוסר קצילה , וגם דברתי שם בד' הרשב"א בענין טעם של מחובר שפסול בגט :

סימן יז שכתבתי לרב שאלה מעשה ב"ד על עשיית שליח שני ע"י פאלט ולא נכתב שם אביו של השליח ולא כינויו רק כתב מאיר הקטן אשר יש לפקפק ע"ז , והערותי ממחלוקת של ר' יוסי ור"מ בענין קדשתי את בתי הקטנה :

חלק חו"מ

סימן א עובדא דאתא לקמאי בד"ת שהי' באחד שהקדים מעות על תבואה שיקנה והוא לקח עבורו ואח"כ אירע אונס שנשרף התבואה שקנה , ונסתפקתי אם הי' זה מקבל המעות דין שליח , או דין מוכר , וגם אפי' אם הוי מוכר מ"מ כיון שקנה עבורו נקנה בזה בקנין גמור לנותן המעות ויהי' ההיזק עליו והארכתי בענין זה :

סימן ב באחד שמסר ביד שליש מעות וכתב ע"ז לצוואה לצדקה במהיום אם לא אחזור עד לאח"מ והיו עליו שמועה שנשבק חלכ"ח אך לא בירור גמור , אם יש לאשתו של הנותן לתבוע מזה מזונותיה וחקרתי בזה בפרטי הדין אם ממתנה כזו גובין בע"ח וכתובה ובארתי בזה בד' הראשונים ז"ל:

סימן ג בעובדא דאתא לקדמאי בזוג שקנו בית ונכתב בשטר שקבלו מהמוכר שייך להם הבית ואחריהם ליורשי שניהם ואח"כ נולד להם עוד בן אחד , אם שייך לכל בניהם או רק להבנים שהיו להם בעת הקנין וביאור ארוך בסוגיא דב"ב נכסי לך ובתרא לירתאי ברשב"ם שם ובשארי ראשונים וגם יבאר ד' הרמ"א בסי' רמ"ח ובנתיבות שם :

סימן ד בענין שבועת השותפין ושם בענין זה תשובת הגאון ר"א שאול זעליג הגאב"ד דדינאבורג ז"ל ומה שכתבתי אליו בענין זה :

סימן ה בדברי הש"ך בחו"מ סי' שנ"ח בענין לקח שלא מדעת של חברו בדבר דניחא ליה ובד' הנו"ב מה"ת סי' ע"ז שכתב אהא דאיתא בחו"מ סי' שנ"ט והארכתי לבאר בענין זה בע"ה :

סימן ו שהשבתי לרב אחד על שאלתו לדינא ובארתי איזה דברים בענין פעולה ובדברי הרא"ש בתשו' המובא בחו"מ סי' של"ג , באומר לאומן עשה דבר פלוני ואקחנו ממך בדבר שאם לא יקחנו יפסיד , ודברתי בארוכה בענין זה בע"ה :

סימן ז בד"ת שהי' בענין הגמר לשלם לאחיו עבור חלק חזקתו בארענדא והי' הכחשה בזה אם שילם , אם יש ע"ז דין שבועת היסת :

סימן ח במי שמכר לחברו וקבל מעות עבור מכירתו במקום שהקנין לא נגמר בקבלת המעות אם מה"ת או מדרבנן , אם מותר לו להשתמש במעות ואם חייב על המעות באונסין ובארתי בזה בעז"ה בד' התוס' פ' המפקיד מ"ג א' ובדברי הרי"ף והרמב"ם בענין זה ובענין שהי' מקח טעות אם מותר להשתמש בהמעות :

סימן